

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ  
ВОЛГОГРАДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

**Н.Н. Волленко**

# **ИСТОЧНИКИ И ФОРМЫ ПРАВА**

*Учебное пособие*

Волгоград 2004

ББК 67.0я73  
В74

Рецензенты:  
д-р юрид. наук, профессор,  
зав. кафедрой уголовного права ВолГУ *Л.В. Лобанова*;  
канд. юрид. наук, доцент,  
зам. начальника кафедры теории права и прав человека  
Волгоградской юридической академии МВД РФ  
*В.А. Рудковский*

**Вопленко Н.Н.**

В74 Источники и формы права: Учеб. пособие. — Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. — 102 с.  
ISBN 5-85534-889-X

Учебное пособие посвящено одному из центральных вопросов общей теории права — системе источников, в которых выражается и закрепляется государственная воля. Автор рассматривает понятие и основные признаки источников права, предлагает их оригинальную классификацию, анализирует особенности источников права, установленных государством и санкционированных им. Особое внимание уделяется юридической практике в качестве особого и своеобразного источника права.

Работа может быть полезной для студентов и аспирантов юридического факультета, а также для всех, кто интересуется теоретическими проблемами юриспруденции.

**ББК 67.0я73**

ISBN 5-85534-889-X



© Н.Н. Вопленко, 2004  
© Издательство Волгоградского  
государственного университета, 2004

## ПРЕДИСЛОВИЕ

---

Настоящая работа была первоначально озаглавлена традиционно: «Источники (формы) права». Именно так обычно называются соответствующие главы в учебниках по теории государства и права. Вынося в заголовок термин «источники» и ставя рядом в скобках уточнение — «формы» права, авторы обычно тем самым подчеркивают генетическую и функциональную взаимосвязь этих понятий и их смысловую тождественность. Однако при дальнейшем рассмотрении вопросов их происхождения и юридического бытия непременно приходится уточнять, в каком смысле (материальном, идеологическом, формальном и т. д.) употребляется тот или иной термин. Другими словами, приходится «разводить» данные понятия, показывать их нетождественность в происхождении, функциональной роли, юридической силе и т. д. И это наводит на мысль о неправомерности, а точнее некорректности, употребления терминов «форма» и «источник» права в качестве однопорядковых в соответствующих названиях работ. Именно на это обратили внимание мои коллеги по кафедре при обсуждении книги. И «по здравому размышлению» я с этими замечаниями согласился.

Действительно, все формы права являются источниками, но не каждый источник права приобретает качества официальной формы права! Для того чтобы источник права приобрел свойства государственной обязательности и всеобщности, необходимо его официальное признание, т. е. санкционирование органами правотворческой власти. Другими словами, источники права изначально стремятся приобрести статус официальной формы права, но в силу объективных причин (особенности правовой системы) они не всегда трансформируются в формально закрепленные носители правовой материи. Что же касается форм права, то они, будучи официальными способами и средствами возведения в закон государственной воли, всегда «источают» из себя правовую энергию и, следовательно, изначально формируются как источники правовых норм. Все это позволяет уточнить название данной работы, озаглавив ее как «Источники и формы права».

## § 1. ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ ИСТОЧНИКА И ФОРМЫ ПРАВА

В вопросе о понимании источника или формы права наблюдается столкновение и несовпадение строго научного и образного, метафоричного подхода к данному явлению. Строгая научная мысль исходит из того, что изучаемый предмет, явление должны рассматриваться через категории сущности, содержания и формы. Таким образом, право, как особый феномен общественной жизни, в юриспруденции анализируется посредством выделения его **сущности** (свобода, идея справедливости, государственная воля и т. д.), **содержания** (нормы, права и обязанности, юридическая деятельность и т. д.) и особой **формы**. Вместе с тем язык права, несмотря на его консерватизм и юридический формализм, содержит в себе и элементы условности, образности мышления. Таково происхождение термина «источник» права.

Источник права — метафора, образно показывающая исходный пункт, происхождение, концентрацию правовой материи. Это продукт античного взгляда на мир. В Древней Греции, Древнем Риме принято было считать, что журчащие источники воды — места, где жили и проявляли себя боги и герои. Здесь же селились и люди, к источникам они ходили за водой. Этот античный взгляд позволил римскому историку Титу Ливию сформулировать, что Законы XII таблиц явились источником всего публичного и частного права (*fons omni publice privatique iuris*)<sup>1</sup>. Эта формула была воспринята развивающимся правовым сознанием и экстраполирована на другие юридические «древности», содержавшие в себе исторические образцы национальных источников права, а впоследствии прочно вошла в систему правовой терминологии. Поэтому, как отмечает один из специалистов этой проблемы С.Л. Зивс, термин «источник права» несет в себе специальный и условный смысл, не претендует на предельную точность, но является удобным в употреблении<sup>2</sup>. Здесь следует еще указать на многозначность понятия «источник права», выводящую нас на вопрос о его соотношении с понятием «форма права». Именно употребление термина «источник права» в аспекте юридически формализованного выражения как доку-

ментального носителя правовых норм позволяет отождествлять его с понятием формы права. Форма права, следовательно, раскрывается в системе официально установленных юридических документов, содержащих в себе нормативно выраженную государственную волю. Законы, указы, постановления, инструкции и т. п. правовые акты являются типичными видами форм права. Но государственная воля, составляющая содержание позитивного права, имеет достаточно много способов и форм своего проявления и объективизации. Система официально установленных форм права фиксирует и закрепляет лишь конечный результат, итог правообразования. Процесс же спонтанного развития нормотворчества более глубоко и всесторонне выражается в понятии источников права, и в этом состоит их познавательная ценность.

**Под источником права в юридической науке принято понимать официально принятые в данном государстве способы и формы возведения в закон государственной воли, рассчитанной на неоднократное применение.** Думается, что это определение, акцентирующее внимание на способах и формах внешнего выражения государственной воли, достаточно точно раскрывает процесс и результаты правотворчества. «Способы возведения в закон государственной воли» показывают многообразие и социальную обусловленность правотворчества, а «формы» раскрывают его воплощение и закрепление в системе юридических документов, выступающих носителями, «резервуарами» правовых норм.

Полагаю, что предложенное понимание источника права не противоречит его определению как внешней формы объективизации, выражения права или закрепления нормативной государственной воли<sup>3</sup>. Оно позволяет акцентировать внимание на правотворческом характере источника права и юридическом выражении его в системе официальных документов. Все это позволяет выделить и подвергнуть анализу основные признаки источника права. К ним относятся:

- а) правотворческая значимость источника права;
- б) содержание в виде юридически оформленной государственной воли;
- в) государственная обязательность и гарантированность;
- г) особая юридическая форма;

д) установление основ, начал правового регулирования в определенных сферах общественной жизни.

Правотворческое значение источника права определяется тем, что он либо создается в процессе специальной правотворческой деятельности, либо его практическое значение выражается в установлении норм права, созданных в особом порядке. В первом случае источники права в виде нормативных актов, договоров проходят особую процедуру разработки и принятия, наделяются при этом официальной юридической силой, производной от компетенции субъектов правотворчества. Правотворческая работа здесь осуществляется целенаправленно, особыми органами и в особом порядке. Результатом правотворчества является установление, изменение или отмена каких-либо правовых норм. Именно в этом смысле Н.Г. Александров называл источником права «вид деятельности государства, заключающийся в установлении юридических норм или в признании юридическими иных социальных норм»<sup>4</sup>. Показателем правотворческого характера источника права является также использование приемов и средств законодательной техники, обеспечивающей разработку и формулирование норм права.

Во втором случае правовая доктрина, обычаи, юридическая практика, религиозные догматы могут приобретать правотворческое значение после их санкционирования органами государственной власти. В науке выделяется несколько способов санкционирования социальных норм: законодательный, правоприменительный, ведомственный, прямой и опосредованный, «молчаливый» и т. д.<sup>5</sup> Основной же смысл государственного санкционирования норм, созданных субъектами, не обладающими правотворческими полномочиями, состоит в том, что в результате этого происходит «возведение в закон», то есть наделение юридической силой правил общественного поведения, которые до этого не обладали свойством государственной обязательности. Особым правотворческим характером могут обладать такие явления юридической практики, как правоположение, прецедент, деловое обыкновение, которые санкционируются в качестве общеобязательных высшими правоприменительными органами и «молчаливо» признаются легитимными со стороны субъектов конституционного контроля и законодательных органов. Они приобретают правотворческий статус не за счет процедуры их создания или компетенции субъектов, а в

результате фактического выполнения функций источников права, основанного на общеизвестности, авторитетности, практической и юридической значимости. В целом же правотворческое значение источника права определяется его содержанием, раскрывающемся в нормативных велениях общего характера, рассчитанных на неоднократное применение и опирающихся на авторитет власти и государственное принуждение.

В связи с этим в правовой науке принято выделять такие признаки правотворческой значимости источников права, как: неконкретность адресата; возможность неоднократного применения; сохранение действия предписания независимо от его исполнения<sup>6</sup>. Данные свойства позволяют отграничивать нормативные акты от индивидуальных, а также от общих актов руководства партийного, политического или организационного характера. Поэтому, определяя правотворческую значимость источника права, наряду с его неперсонифицированностью, общим характером и неоднократностью действия, важно помнить, что он вносит новый элемент в правовое регулирование и является юридическим критерием правильности и законности правового порядка.

**Источник права** есть официальная форма выражения и закрепления государственной воли. В зависимости от исторического типа государства и права и особенностей объективно сложившегося в данном обществе политического режима государственная воля может быть представлена либо в виде системы коренных и принципиальных интересов экономически и политически господствующего класса, а в определенные периоды даже одного лица (диктатора, деспота), либо как сложное выражение политической борьбы и сотрудничества классов, социальных слоев, участвующих в политике и правотворческой деятельности. В последнем случае государственная воля является результатом правотворческого компромисса, достигнутого на данном этапе противоборства политических сил и получившего свое юридическое выражение в деятельности нормотворческих органов. Очевидно, что это наиболее демократическая и цивилизованная процедура формирования государственной воли, ибо альтернативой ей является гражданская война, баррикады и танки на улицах. Все это в России было... Поэтому государственная воля, содержащаяся в источниках права, всегда отражает достаточно сложный политизированный результат диктатуры или правотворческого компромисса, получив-

ший свое выражение в наиболее важных, основных источниках права (конституционное законодательство, кодексы и т. д.) и конкретизированный в подзаконном текущем законодательстве и других ведомственных и локальных правовых актах.

Государственная воля, воплощенная в системе источников права, имеет свое социальное и юридическое содержание. С точки зрения социальной, в ней представлены юридически выраженные и защищенные интересы классов, наций, народностей, социальных групп в основных социальных сферах их жизнедеятельности. Это наиболее значимые социальные интересы в области экономики, политики, культуры, быта и т. д., принявшие форму юридических мотивов и воплотившиеся в правовых нормах, составляющих юридическое содержание законов, указов, постановлений и т. д. Правовые нормы (нормативные предписания общего характера) составляют специфически юридическую форму бытия государственной воли в отличие от государственной идеологии, политики, морали и других нормативных регуляторов. В них государственная воля приобретает обезличенный, формально-определенный и гарантированный возможностью государственного принуждения характер, поэтому государственную волю в праве целесообразно называть правотворческой или юридически оформленной для точности смыслового употребления термина.

Важным признаком источника права является его государственная обязательность и гарантированность. В этом смысле источник права представляет собой не просто «емкость», «резервуар», наполненный нормами права, а юридический документ, обладающий свойством длящейся во времени государственной обязательности и служащий основанием для применения мер государственного принуждения. Это правовой акт, содержащий в себе дозволения, запреты, позитивные обязывания, несоблюдение которых влечет своеобразное «включение» механизма правоохранительной деятельности. При этом юридическая процедура осуществления охраны права от нарушения предполагает и основывается на указании конкретного источника права, его статей, норм, которые нарушены субъектами. Ссылка на определенный источник права всегда обязательна и сообщает черты законности и легитимности применяемого государственного принуждения. В этом смысле юридическая ответственность и содержащиеся в



ней меры государственного принуждения основываются на источниках права как нормативной почве своего бытия. Без источников права любые меры государственного принуждения незаконны и нелегитимны.

Источники права характеризуются специфической формой своего выражения. В связи с этим в науке справедливо отмечается, что форма организует своеобразную юридическую материю, само содержание права, воплощая его в юридических структурах<sup>7</sup>. Содержание права зависит от государственной воли, но юридическую силу это содержание получает лишь с момента облечения его в соответствующую форму<sup>8</sup>. Пожалуй, категория формы для понимания природы источника права является основополагающей.

С точки зрения философии, форма есть способ существования и выражения содержания<sup>9</sup>, его организации и проявления свойств. Если содержанием права выступает определяемая его сущностью система общих нормативных предписаний (норм), то форма права показывает преимущественно внешнюю организацию и объективизацию правовой материи в системе источников. Не вдаваясь в дискуссию о внутренней и внешней форме права, которая изложена в ряде специальных работ<sup>10</sup>, обратимся к внешней форме права, выраженной и закреплённой в системе его источников. Разумеется, что право в целом можно рассматривать как особую форму общественных отношений, наряду с экономической, политической, нравственной формами. Но применительно к источникам права речь идет о формах объективирования юридических норм, служащих признанием их обязательности<sup>11</sup>, или формах внешнего выражения и закрепления права. В этом смысле исторически право получает свое выражение и закрепление в правовых обычаях, прецедентах, «праве юристов», т. е. правовой доктрине, нормативных актах, юридических договорах и т. д. Целесообразно, на наш взгляд, сделать исследовательский акцент на понятиях «**выражение**» и «**закрепление**» норм права в его источниках. Думается, что они несут различную смысловую нагрузку.

Право может **выражаться** в определенных источниках в результате правотворческой работы компетентных органов государства и в процессе спонтанного правообразования. Последнее обстоятельство характерно для формирования обычаев, со временем становящихся юридическими, правовых доктрин, религиозных догм, нормативных прецедентов юридической практи-

ки (правоположения, прецеденты), деловых обыкновений. Для подобных источников права вначале характерно языковое или символическое выражение во вне спонтанно формируемых правил, которые со временем могут приобрести юридически закрепленные формы. Процесс постепенного формирования правовых требований, таким образом, предполагает их первичную внешнюю объективизацию как своеобразного «протоправа», не получившего еще вида юридически оформленного источника. Справедливо отмечал П.Л. Карасевич, что «право на первых ступенях развития народов принимает другую форму, более доступную для понимания простых людей. Эта форма заключается в чувственных, осязательных для всех образах, в физических, реальных знаках, поражающих воображение и бросающихся в глаза»<sup>12</sup>. Действительно, правовая символика — одно из выразительнейших средств формирования юридического долженствования. Аналогично через убедительные и аргументированные языковые средства правовая доктрина в виде научно-практических комментариев к законам и кодексам может получать вначале свое публичное выражение, а со временем закрепляться в нормативных актах. В свою очередь, осмысление полезности и целесообразности некоторых религиозных норм или выработанных юридической и деловой практикой типичных образцов служебной деятельности приобретает вначале письменное или правосознательное выражение, а впоследствии может закрепляться в источниках права. Все это свидетельствует, что объективированное выражение протоправовых требований довольно часто предшествует их закреплению в качестве содержания источников права.

«**Закрепление**» правовых норм в источниках права сопровождается их юридической формализацией, использованием средств законодательной техники и официальным характером самой деятельности по формулированию их содержания и внешней формы. Оно осуществляется путем государственного санкционирования или правотворческой деятельности и внешне воплощается в специальном наименовании источника права: закон, кодекс, указ, постановление и т. д. По своей сути, факт закрепления правовых норм в определенных источниках означает наделение их юридической силой и статусом официального документа, служащего нормативной основой для регулирования общественных отношений. Как отмечал С.Л. Зивс, «норма права не

существует и не может существовать вне источника права — оболочки бытия правовой нормы»<sup>13</sup>. Поэтому закрепление в качестве источника права каких-либо правил общественного поведения увенчивает правотворческую процедуру их формулирования и делает именно юридическими формами права. В этом как раз и наблюдается смысловое совпадение понятий «форма» и «источник» права.

Важным признаком источников права являются юридические последствия их установления, введения в действие в виде закрепления основ, начал типичного правового регулирования в определенных сферах общественной жизни. Это означает, что каждый источник права «монополизирует» за собой регулирование особой сферы общественной жизни и целенаправленно воздействует на строго определенные виды общественных отношений. В нем заложены все юридические возможности обеспечения эффективного правового воздействия на общественную жизнь. Определяя истоки, начала правового регулирования, источники концентрируют и распределяют энергию правовой материи по основным институтам и отраслям права.

Возвращаясь к общему пониманию источников права как способов и форм возведения в закон государственной воли, рассчитанной на неоднократное применение, следует обратить внимание на проблему многообразия их видов раскрывающуюся в различных классификациях.

## Примечания

<sup>1</sup> Рубанов А.А. Понятие источника права как проявление метафоричности юридического сознания // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 45—46.

<sup>2</sup> Зивс С.Л. Источники права. М., 1981. С. 21.

<sup>3</sup> Мицкевич А.В. Формы выражения, или источники права // Общая теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2001. Т. 2. С. 230.

<sup>4</sup> Александров Н.Г. Понятие источника права // Ученые записки ВИЮН. Вып. VIII. М., 1946. С. 49, 51.

<sup>5</sup> Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 17—18.

<sup>6</sup> Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. М., 1967. С. 43, 56.

<sup>7</sup> Алексеев С.С. Тайна права. Его назначение и социальная ценность. М., 2001. С. 13—14.

<sup>8</sup> Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 26.

<sup>9</sup> Философский энциклопедический словарь. М., 1989. С. 595.

<sup>10</sup> Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 24—32; Керимов Д.А. Свобода, право и законность в социалистическом обществе. М., 1960. С. 200—203.

<sup>11</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1983. С. 283.

<sup>12</sup> Карасевич П.Л. Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии. М., 1975. С. 70—71.

<sup>13</sup> Зивс С.Л. Указ. соч. М., 1981. С. 9.

## § 2. КЛАССИФИКАЦИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

Проблема классификации источников права достаточно сложна и находится в состоянии длящейся много лет дискуссии. Общее состояние этой дискуссии определяется тем, что сам термин «источник права» употребляется как родовое и чрезвычайно емкое понятие, имеющее множество смыслов: **источник в материальном, социальном, идеологическом, формальном** и т. д. смысле. Под источником права принято понимать истоки права, силу его создающую, а также формы и способы закрепления и внешнего выражения правовых норм. Однако ряд авторов связывает понятие источник права с его узким значением и употребляет только в смысле силы, создающей право, то есть в качестве правообразующих факторов или же только в виде внешних форм и способов объективизации, выражения правовых норм<sup>1</sup>. Абсолютизация одного из этих двух значений термина «источник права» и служит теоретической почвой для неутрачивающих дискуссий, а также основанием для его отграничения от термина «форма права». По мысли одного из авторитетных специалистов этой проблемы А.Ф. Шебанова, употребление термина «форма права» более предпочтительно, ибо выражаемое понятием «источник права» в формальном смысле значение не соответствует общепринятому в русском языке пониманию слова

«источник» как силы, причины, создающей данное явление. Во-вторых, использование понятия формы права выводит исследователя и практика на решение таких сугубо юридических проблем, как правотворчество, взаимоотношение формы и содержания права, структура и форма правовой нормы, взаимосвязь отдельных форм права. Наконец, по мнению А.Ф. Шебанова, с позиции термина «форма права» удобнее объяснять юридическую природу интерпретационных актов, разъясняющих правовые нормы, актов, вводящих нормативные акты в действие или прекращающих их силу<sup>2</sup>. Мысль автора здесь заслуживает внимания, но относится она преимущественно к формам права, установленным государством, т. е. системе нормативных актов государства. Между тем понятие «источник права», на наш взгляд, в большей мере раскрывает социальную обусловленность правовых норм, их жизненные истоки и реальное многообразие форм выражения государственной и иной официальной воли, получившей государственное санкционирование. Поэтому представляется более предпочтительной идея о наличии собственного специфического смысла как у термина «источник права», так и у термина «форма права». При этом использование термина «источник права» обладает той ценностью, что оно «обязывает законодателя не писать законы наудачу, а черпать свои правила из самой жизни, то есть источник права — это народная жизнь»<sup>3</sup>.

Итак, источник права как понятие не замыкается на формально установленных государством официальных правовых актах, служащих юридическим средством выражения и закрепления норм (законы и подзаконные акты), но, наряду с этим, раскрывает социальные истоки права, его предопределенность многообразием условий социальной жизни. Эта многофункциональность данного понятия позволяет употреблять его в различных смыслах: материальном, социальном, идеологическом, познавательном, формальном, юридическом и т. д.

Понимание источника права в **материальном смысле** выглядит наиболее сложным и емким. В качестве источника здесь рассматривается сила, создающая право, вызывающая его к жизни<sup>4</sup>, материальные условия жизни общества, его система экономических отношений. Однако при таком подходе обнаруживаются противоречия между двумя факторами создания права: право-

творческой деятельностью органов государства как организационной и политической силой правотворчества и материальными условиями общества, влияющими на правосозидательные процессы не прямо, а опосредованно. Органы государственной власти, безусловно, являются решающим источником формирования и формулирования права в своей правотворческой работе. Однако они далеко не всегда основывают свою правотворческую деятельность на познании и учитывании назревших экономических потребностей. Учет материальных условий общественной жизни в официальной правотворческой работе является скорее желаемым идеалом, а не повседневной практикой. Иначе не было бы несовершенных и неэффективных актов. Поэтому материальные условия жизни общества, господствующий тип производственных отношений<sup>5</sup> должны рассматриваться более точно источником права в материальном смысле. Но, на наш взгляд, сам термин «источник права в материальном смысле» и при таком понимании уязвим своей чрезмерной комплексностью и абстрактностью. Дело в том, что в основе материальных условий жизни общества лежат человеческие потребности и интересы, представляющие собой полиструктурный сплав экономической, политической, идеологической, национальной и прочей заинтересованности людей. И выделить сугубо материальные отношения в чистом виде как особый источник права не всегда представляется возможным. Отсюда, думается, так называемый «источник права в материальном смысле» есть лишь **особая разновидность социальных источников** права, стоящий в одном ряду с другими факторами правообразования. Аналогично отмечал и С.Л. Зивс, подчеркивая недостаточную четкость содержания понятия «источник права в материальном смысле» и предлагая его заменить «совокупностью факторов, определяющих содержание права данного общества»<sup>6</sup>.

Под источником права в **идеальном**, или **идеологическом**, **смысле**<sup>7</sup> понимается правосознание как идейная и интеллектуальная почва формирования знаний о праве и закономерностях правотворческой деятельности. Правосознание в виде системы идей, взглядов, теорий, чувств, эмоций и настроений по поводу права, его природы и социального назначения в своей идеологической части формирует человеческие представления о действующем и желательном праве и управляет деятельностью людей в

сфере правотворчества. Оно на индивидуальном, групповом и общесоциальном уровнях обслуживает процессы формирования государственной воли, обосновывая и аргументируя идейное содержание и цели источников права. Но, будучи по своей природе социально-правовым явлением, правосознание относится к числу особых социальных факторов правообразования. История свидетельствует, что в те периоды общественной жизни отдельных государств, когда правосознание становилось непосредственно юридическим источником права (Парижская коммуна, первые годы советской власти в России), наблюдался субъективизм, «революционный произвол» и прочие антиправовые явления. Поэтому правосознание в области правотворчества призвано выполнять вспомогательную, обслуживающую функцию.

Под источником права в **познавательном смысле** понимаются документы и материалы подготовки проектов конкретных форм права, которые способны пролить свет на мотивы, причины, условия, в которых разрабатывался и вводился в действие тот или иной закон, кодекс, указ и т. д. Здесь используется историко-политический способ толкования права, основывающийся на привлечении различных письменных документов, позволяющих исследователю лучше познать дух эпохи, в которой создавался конкретный источник права. Поэтому подобные исторические письменные материалы выступают не столько источниками права, сколько источниками историко-политического толкования правовых норм.

Источники права в **формальном смысле** совпадают с понятием формы права. Они есть официально признанные в данном государстве формы выражения и закрепления правовых норм. Именно в этом значении наблюдается тождественность понятий источник права и форма права, что дает основание многим авторам усматривать в форме права специальный, юридический или формальный смысл термина «источник права»<sup>8</sup>. Как отмечал Л.С. Галесник, «то, что в юридической науке условно именуется источниками права, в действительности есть только формы, способы закрепления и выражения юридических норм»<sup>9</sup>. Таким образом, источники права в юридическом смысле выглядят как внешне обозримые и специально установленные государством формально определенные юридические документы, содержащие в себе нормы права. Их образно можно представить в виде свое-

образных «резервуаров», наполненных нормативными правовыми предписаниями, из которых юристы и все заинтересованные лица черпают свои знания о позитивном праве. Этим они и отличаются от источников права в **социальном смысле**, в которых государственная воля не получила еще своего официального выражения и степени конкретности, позволяющей быть нормативным регулятором общественных отношений.

Итак, выделение источников права в материальном, идеологическом, познавательном смыслах имеет определенную исследовательскую ценность, но вместе с тем является излишне условным и недостаточно точным. Оно, думается, в значительной степени поглощается и может быть заменено более логичным и научно строгим делением всех источников права на **формальные, или юридические, и социальные**. Данное деление основывается на различии двух основных факторов и способов формирования права:

1. Целенаправленное возникновение правовых норм в результате деятельности специально уполномоченных на это государственных правотворческих органов, которые в пределах своей компетенции осуществляют правотворческие функции.
2. Спонтанное формирование правовых норм под влиянием факторов, процессов и явлений общественной жизни. Их действие относительно незаметно, а сам момент «рождения» нормы не всегда рационально осознается. И как то или иное явление общественной жизни повлияло на содержание соответствующей правовой нормы, как правило, может быть понято в ретроспективе, по прошествии значительного времени.

Таким образом, деятельность правотворческих органов и влияние на право социальных условий жизни общества в равной мере инициируют правообразование и влияют на его содержание. Однако отождествлять их недопустимо, ибо юридические и социальные источники права, как результаты этих двух процессов, существенно различаются. Деятельность субъектов правотворчества юридически урегулирована, протекает в определенных процедурно-процессуальных рамках, упорядочена, целенаправленна и имеет, как правило, профессиональный характер. В свою очередь, действие социальных истоков права спонтанно,



относительно незаметно в ближайшем измерении и подчиняется влиянию более глобальных закономерностей — законов общественного развития. Все это позволяет предложить первую основную схему классификации источников права (см. рис. 1).

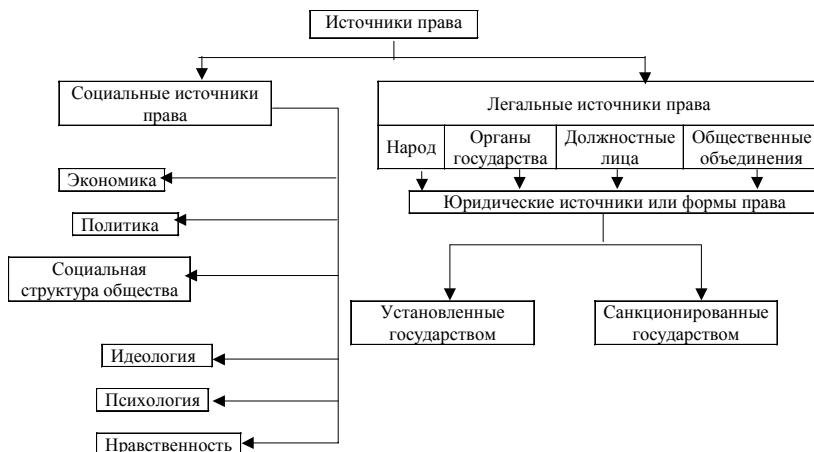


Рис. 1. Классификация источников права

Критерием первичного деления всех источников права на социальные и легальные выступают субъекты и способы их издания и формирования, т. е. вопрос о том: как и откуда возникают источники права. Как уже отмечалось, социальные источники есть объективно сложившиеся в данном обществе в различных сферах социальной жизни факторы правообразования, которые спонтанно обуславливают правотворческую деятельность субъектов, привнося и воплощая в содержание правовых норм экономические, политические, групповые и прочие интересы людей. Наиболее значимую роль в качестве социальных факторов или источников правообразования играет экономика, политика, социальная структура общества, его идеология и психология, нравственность. Вопрос об их конкретном значении нами будет рассмотрен отдельно.

Для того чтобы более наглядно рассмотреть природу и основные черты юридических источников права, нами впервые предлагается **понятие легальных источников** как субъектов, правомочных их устанавливать. Данным понятием можно обозна-

чить силу творящую, создающую право, которая в литературе не очень корректно называется источником права в материальном смысле<sup>10</sup>. Между тем материальный смысл в содержание права привносится экономическим строем и материальными интересами общества, в то время как правовые нормы разрабатываются и вводятся в действие специально на это уполномоченными, легально закрепленными в законе органами и лицами. В современной России в качестве таковых выступает: народ через институт референдума, органы государства и должностные лица, а также некоторые общественные объединения, занимающиеся нормотворчеством с предварительного или последующего согласия органов государственной власти. Думается, что легализм — одно из важнейших свойств источников права, определяющих их законное правотворческое происхождение. Легальные источники права — это действующие в пределах правотворческой компетенции субъекты, разрабатывающие и вводящие в действие юридические источники или формы права<sup>11</sup>. От легальных источников права, таким образом, можно перейти к источникам юридическим, которые в отечественной юриспруденции традиционно именуется формами права.

**Юридические источники права** представляют собой официально установленные в виде определенных документов формы выражения и закрепления правовых норм. Это продукты правотворческой работы уполномоченных на это субъектов, признаваемые в данном государстве нормоустанавливающими и обязательными для регулирования общественных отношений. К ним относятся: нормативные акты, правовые обычаи, нормативные договоры, правовые акты общественных объединений, юридическая практика, правовая доктрина, религиозные нормы. Разумеется, в зависимости от особенностей государственного строя и правовой системы у различных народов практическая роль отдельных источников права существенно может отличаться. Так, например, в странах англо-саксонской правовой системы значение правовых обычаев и юридической практики в качестве источников права исключительно велико и никем не оспаривается. В России роль этих источников признается только в определенной степени и с известными оговорками. Правовая доктрина и религиозные нормы в странах континентальной системы рассматриваются как своеобразные рудиментные формы права, в то время

как в мусульманском мире религиозные догматы продолжают выступать важными национальными источниками права.

Все юридические источники права разделяются на **установленные государством** и **санкционированные им** (см. рис. 2).



Рис. 2. Юридические источники права

Деление источников права на установленные государством и санкционированные им имеет исключительно важное познавательное и практическое значение. Оно позволяет не только «разложить по полочкам», т. е. привести в единую систему многочисленные юридические источники права, но и прогнозировать их юридическую силу в зависимости от правотворческой «близости» к органам государственной власти их породившей. В познавательном же смысле данная классификация показывает пути и способы происхождения права вообще и его формально-определенных источников. В связи с этим представляется, что данная классификация должна быть внедрена в учебный процесс юридических вузов и использована в учебниках по теории государства и права.

Понятие **«формы права, установленные государством»** означает, что данные источники права исходят от государства, устанавливаются его властными структурами и выражают непосредственную государственную волю. Они являются основными, ведущими источниками права современной России, что подтверждает ее принадлежность к континентальной (романо-германс-

кой) правовой системе. Основными источниками права здесь выступают нормативные акты, представленные законами и подзаконными нормативными актами. Поскольку подробная их характеристика будет дана отдельно, ограничимся сравнением с формами права, санкционированными государством.

Нормативные акты отличаются от форм права, санкционированных государством, своим непосредственным правотворческим происхождением от деятельности компетентных властных органов. Они являются продуктом государственной инициативы, и интересы государства в них представлены и выражены наиболее конкретно. В этом смысле нормативные акты наиболее удобны и практичны для проведения и защиты важнейших государственных интересов. Органы законодательной и исполнительной власти используют нормативные акты как для решения новых внезапно возникших социальных проблем, так и для внесения изменений, дополнений в действующее законодательство. Тем самым создается возможность юридической защиты актуализированных государственных интересов. Кроме того, авторитетность нормативных актов государства состоит и в том, что посредством правотворческой деятельности органов законодательной и исполнительной власти, могут вноситься изменения в содержание источников права, санкционированных государством. Действительно, если какой-либо правовой обычай, прецедент, нормы общественных объединений или религиозные нормы начинают противоречить официальным государственным интересам, они могут быть заменены или уточнены путем издания специального закона, указа, постановления и т. д. И государство всегда довольно активно использует рычаги правотворческой деятельности своих органов и должностных лиц. Все это свидетельствует, что формы права, установленные государством имеют определенный приоритет, являются более значимыми в сравнении с источниками права, которые санкционируются государством.

Понятие **«формы права, санкционированные государством»** означает систему источников, которые приобрели юридическую силу и правотворческую значимость с согласия органа государства. «Санкционирование» следует понимать как выражение согласия, утверждение, наделение юридической силой какого-либо правила или акта. Формы права, которые санкционируются государством, достаточно многообразны, что отражает возможность участия в

процессах правообразования, помимо государства, иных субъектов, а также тенденцию спонтанного нормотворчества, рожденно-го потребностями общественной жизни. К основным видам форм права, санкционированных государством, относятся: правовые обычаи, нормативные договоры, акты общественных объединений, юридическая практика, правовая доктрина, религиозные нормы. Это исключительно гибкая и социально-чувствительная система правового регулирования, которая, в отличие от нормативных актов государства, обладает свойствами быстро «подстраиваться» под изменившиеся потребности общественной жизни. Санкционированные источники права, конечно же, существуют и действуют под контролем органов государства. Они выражают как бы «вторичный», или «опосредованный», характер государственной воли, выраженной в виде официального утверждения каких-либо норм или актов, разработанных негосударственными субъектами (акты общественных объединений, нормативные договоры, религиозные нормы), либо с молчаливого согласия и одобрения обычаев, деловых обыкновений, прецедентов. Данные источники права дополняют и развивают основные начала нормативного регулирования, установленные системой нормативных актов государства, выражая и подчеркивая ту очевидную мысль, что государство не может и не должно быть инициатором и творцом абсолютно всех форм права.

В зависимости от юридической силы и практической значимости все источники права делятся на основные и вспомогательные. Данная классификация в полной мере не устоялась ввиду нечеткости и расплывчатости понятия вспомогательных форм права. Так, А.Ф. Шебанов, разделяя систему нормативных актов на основные и вспомогательные, исходит из того, что первые содержат в себе нормы права, а вторые, являясь нормативными по своему характеру, тем не менее правовых норм не содержат<sup>12</sup>. К вспомогательным нормативным актам он относит юридические доктрины, утверждающие, разъясняющие, излагающие содержание основных, акты-поручения другим органам издать нормативный акт, перечни актов, утративших силу, или перечни измененных статей источника права без изложения их содержания. Вспомогательный характер подобных источников права не вызывает сомнений, однако вряд ли справедливо утверждение автора, что подобные акты не являются источниками права в

юридическом смысле<sup>13</sup>. Проблема состоит еще и в том, что в юридической (правоприменительной) практике России появились особые явления правоприменительного творчества, которые по своему фактическому статусу выполняют функции источников права, в то время как официально они таковыми не признаны. Речь идет о значении правоположений, прецедентов, деловых обыкновений, актов официального толкования, порожденных правоприменительной деятельностью и обслуживающих процессы реализации основных нормативных актов органов государства. Они помогают правоприменительным органам правильно квалифицировать общественные отношения, являющиеся предметом правоприменения, в режиме сочетания законности и справедливости рассмотреть и разрешить юридическое дело, и в этой связи их можно называть вспомогательными источниками права. Аналогичную роль выполняют внутриведомственные методические письма, обзоры практики правоприменения, инструктивные разъяснения, составляющие своеобразное «служебное право». Особенность юридической природы вспомогательных источников права состоит в том, что они не создают абсолютно новых правил общественного поведения, а дополняют, уточняют и конкретизируют уже имеющиеся действующие нормы. И их юридическая сила, практическое действие сохраняются и определяют-ся на время действия основных норм, приложением или дополнением к которым они являются.

Следующей недостаточно исследованной в науке классификацией источников права является их подразделение на **традиционные** и **нетрадиционные**. Сложность и проблемность этой классификации определяются недостаточной ясностью самого понятия «правовая традиция». Вместе с тем в науке отмечается, что традиция в праве характеризуется такими признаками как: устойчивость, неизменность, стабильность, повторяемость и характерность<sup>14</sup>. Английский историк права Г.Дж. Берман удачно заметил, что при широком взгляде на право его источники включают не только волю законодателя, но также разум и совесть общества, его обычаи и привычки<sup>15</sup>. И в этом смысле правовая традиция есть закономерность развития права, определяемая особенностями его национально-исторического развития и проявляющаяся в отчетливо выраженной стабильности, повторяемости и преемственности правового менталитета, источников права,

правовых институтов и процедур деятельности. В научной литературе последних лет подчеркивается, что Россия является носительницей самостоятельной традиции права и юрисдикции, несущей в себе черты западной ориентации одновременно с качествами восточной традиции права со свойственными ей коллективизмом, противопоставлением права и морали, преобладанием неправовых социальных регуляторов<sup>16</sup>. Следовательно, состояние источников права относится к числу важных конститутивных признаков правовой традиции, и это дает основание для их деления на традиционные и нетрадиционные.

Особенность российской правовой системы, на наш взгляд, состоит в том, что значительный научный и практический интерес в ней вызывают нетрадиционные источники права, в то время как традиционные, представленные системой нормативных актов, получили значительную научную разработку и являются признанными и наиболее авторитетными формами выражения и закрепления норм права. Нетрадиционные источники российского права, по мнению А.П. Рожнова, представляют собой систему нормативных предписаний создаваемых, как правило, в процессе правоприменительной деятельности не уполномоченными на то государственными органами или хотя и уполномоченными на то органами, но при безусловном субсидиарном характере применения таких предписаний для урегулирования общественных отношений по сравнению с нормативно-правовыми актами, возникающими без прямого государственного вмешательства, но при последующем государственном одобрении<sup>17</sup>. При таком понимании, по сути, речь идет о формах права, санкционированных государством. Однако нетрадиционные источники права это не просто все формы права, которые санкционируются государством, а те из них, которые молчаливо признаются им в качестве возможных дополнительных регуляторов в сфере права. Государство «терпит» их присутствие в силу понимания закономерного характера их возникновения и полезной роли в тех областях социального регулирования, где жесткое государственное регулирование нецелесообразно. Поэтому нетрадиционные источники права России представлены **правовыми обычаями, судебной практикой, правовой доктриной** (научно-практические комментарии к кодексам), некоторыми видами **нормативных договоров** в сфере частного права. В целом понятие нетради-

ционных источников носит условный характер и конкретизируется применительно к конкретным формам права. Значение этого понятия состоит в том, что оно удачно оттеняет, акцентирует внимание на нетипичности для данной правовой системы отдельных форм права.

Все источники права, кроме деления на легальные, юридические и социальные, установленные и санкционированные государством, основные и вспомогательные, традиционные и нетрадиционные, можно также классифицировать: по юридической силе, сфере действия во времени, пространстве и кругу субъектов и т. д. Подобная классификация осуществляется в науке конституционного права и других отраслевых юридических науках. Центральным и наиболее значимым делением всех источников права является выделение **социальных** и **юридических** источников.

### Примечания

<sup>1</sup> Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. 1998. № 9. С. 9; Трубцкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1909. С. 93.

<sup>2</sup> Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 42—43.

<sup>3</sup> Бошно С.В. Соотношение понятий источник и форма права // Юрист. 2001. № 10. С. 21.

<sup>4</sup> Шебанов А.Ф. Указ. соч. С. 37.

<sup>5</sup> Явич Л.С. Общая теория права. Л.: ЛГУ, 1976. С. 112.

<sup>6</sup> Зивс С.Л. Источники права. М., 1981. С. 22.

<sup>7</sup> Кулапов В.Л. Формы права // Теория государства и права / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2000. С. 375.

<sup>8</sup> Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. М., 1967. С. 27; Зивс С.Л. Источники права. М., 1981. С. 22.

<sup>9</sup> Галесник Г.С. Нормы права и практика коммунистического строительства // Вопросы общей теории советского права. М., 1974. С. 9.

<sup>10</sup> Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940. С. 173; Шаргородский М.Д. Уголовный закон. М., 1948. С. 19; Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 38.

<sup>11</sup> Вопленко Н.Н., Рожнов А.П. Теоретические основы классификации источников права // Вестник ВолГУ. Сер. 5. Волгоград, 2000. С. 69—71.

<sup>12</sup> Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 92.



<sup>13</sup> Там же. С. 92.

<sup>14</sup> Рожнов А.П. Нетрадиционные источники права в правовой системе // Вестник ВолГУ. Сер. 5. Вып. 4. Волгоград, 2001. С. 29.

<sup>15</sup> Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 28.

<sup>16</sup> Василенко О.Н. Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 10.

<sup>17</sup> Рожнов А.П. Там же. С. 33—34.

### § 3. СОЦИАЛЬНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА

Социальные источники права «высвечивают» социальные истоки права, его обусловленность всей совокупностью условий общественной жизни. Это факторы правообразования, объективно и спонтанно влияющие на сознательную деятельность людей, инициирующие развитие их правовых потребностей и интересов. Как отмечает А. Нашиц, «помимо формальных источников, есть и источники социальные, какое бы название они не носили (реальные источники, источники конституирования права, «данность» права, «природа вещей», социологический субстрат нормы и т. д.) — это условие, необходимое не только для понимания особенностей процесса правообразования, но и для ограждения практической правотворческой деятельности от столь опасных для нее субъективизма и волюнтаризма»<sup>1</sup>. Под социальными источниками права, на наш взгляд, следует понимать систему социально значимых явлений общественной жизни, прямо или косвенно влияющих на содержание права и инициирующих формирование его источников<sup>2</sup>. Это своеобразные социально обусловленные факторы правообразования, представленные в виде: **экономики, политики, социальной структуры общества, идеологии, психологии, нравственности** и т. д.

Данный перечень не является исчерпывающим, ибо критерии выделения подобных факторов могут быть различные. Например, А. Нашиц выделяет три основных комплексных фактора, или социальных источников, права: а) естественная среда, в которой протекает бытие человека в виде географических, демографических и биологических факторов; б) социально-экономическая, политическая и идеологическая среда; в) человечес-

кий фактор в виде общения людей на макро- и микроуровнях социального взаимодействия<sup>3</sup>. Здесь, как можно заметить, названные три фактора правообразования выглядят чрезвычайно обобщенным и разнопорядковыми — от естественно-природных, биологических до индивидуально-поведенческих. И это создает определенные трудности в процессе конкретного анализа правосозидательных факторов. В диссертационном исследовании Т.В. Гуровой под социальными источниками права понимается его социальная основа, определяемая способом человеческого бытия и общесоциальной природой человека<sup>4</sup>. Отсюда вслед за А. Нашиц делается вывод о «генетическом» происхождении права. Думается, что термин «генетика» применительно к праву и другим социальным явлениям, применять вряд ли корректно. Генетика есть учение о наследственности биологических организмов, и экстраполировать данное понятие в сферу социальных явлений вряд ли оправдано. К тому же диссертант наряду с социальными источниками права выделяет политические источники, забывая о том, что политические явления есть лишь особая разновидность явлений социальных. Происходит, таким образом, «удвоение сущностей». Между тем И. Сабо отмечает: «Социальная, общественная природа выражает все существо права, и в этом смысле, кстати говоря, весьма условно такие, например, выражения, как “социальная сторона права”. У права нет несоциальных сторон»<sup>5</sup>.

Мир социальных явлений, составляющих среду общественной жизни человека, многолик и разнообразен. Сложность познания системы социальных факторов, определяющих способ социального бытия человека, состоит в том, что одни из них (экономика, политика, идеология, нравственность и т. д.) изначально имеют общественный характер, другие же (биологические, физиологические, географические, климатические) могут приобретать социальный характер лишь будучи отраженными в человеческом сознании как явления, нормативно влияющие на человеческую жизнь. Закрепление в нормах морали и права особенностей статуса детей, женщин, больных трансформирует биологические и физиологические особенности этих субъектов в социально значимые факторы правового регулирования. Известно также, что специфика географического положения и климата у отдельных народов, еще по Ш. Монтескье, существенно влияет на законодательство, а в современных условиях выражается в особых правах, льготах,

преимуществах и т. д. Поэтому в содержании и источниках права выражается лишь только социально значимые факторы общественного бытия людей, а это означает, что социальная основа права, его источники исключают субъективизм и произвол в правотворчестве. В этом и состоит их ценность.

В научной литературе социальные источники права чаще всего называются факторами, обуславливающими процесс правотворчества или предпосылками правотворчества. В качестве таковых А.В. Мицкевич выделяет экономику общества, идеологию и волю классов, политическую практику и правотворческую деятельность государства<sup>6</sup>. С таким подходом к этой проблеме в целом можно согласиться, но обращает на себя внимание излишне комплексный характер таких источников права, как сознание и воля классов, политическая практика. Что же касается правотворческой деятельности государства, то, на наш взгляд, это особый источник права, который целесообразно именовать **легальным**. Деятельность компетентных правотворческих органов государства конституирована нормами права, имеет юридический характер и определяется не столько социальной основой общества, сколько законом, установленной процедурой возведения государственной воли в закон. Отсюда и все источники права, по нашей концепции, делятся на **социальные и легальные**, из которых вытекают источники **юридические**. Но вернемся к системе социальных источников права, которую можно представить в виде: экономики, политики, социальной структуры, идеологии и психологии, а также нравственности общества.

**Экономический строй общества**, его система производительных сил и производственных отношений, основанных на определенных формах собственности, выступают наиболее глубоким и сущностным социальным источником права. Как указывал К. Маркс, «во все времена государи вынуждены были подчиняться экономическим условиям и никогда не могли предписывать им законы. Как политическое, так и гражданское законодательство всего только выражает, протоколирует требования экономических отношений»<sup>7</sup>. Материальные потребности и интересы классов, наций, народностей, противоборствуя и взаимодействуя, выливаются в юридические мотивы их «борьбы за право» в границах конкретных государств. И действующие источники права по своей форме и содержанию всегда отражают «экономическую

озабоченность», осознанные социально-экономические интересы общественного развития. В любом развитом государстве имеется особый «блок законов об экономике», в который входит гражданское законодательство, законы о формах собственности, труде, торговле, налоговой системе и т. д., составляющих правовую основу процессов производства, обмена и распределения продуктов. Они всегда отражают общее состояние экономики общества, его доминанту экономического развития. Очевидно, что достоинства и недостатки этого законодательства определяются степенью адекватности выражения в нормах права объективных закономерностей экономического бытия. Но подлинное значение этого блока источников права состоит в том, что они определяют развитие всей правовой системы общества, прямо или косвенно влияя на форму государства, политический режим, уголовное и государственное право. Во имя защиты коренных экономических интересов социальных групп ведутся политические баталии, заключаются политические компромиссы, формируется правотворческая политика и практика. Источники права, таким образом, всегда экономически обусловлены.

**Политика** через сферу политического сознания и практической деятельности участников политической жизни выступает одним из важнейших и конкретных социальных источников права. Мысль о том, что политика творит, создает право достаточно тривиальна. Можно заметить, что в системе источников права нет норм, которые предварительно не прошли бы стадии политико-правового осознания, не были пропущены через фильтр противоборства политических интересов. Закон есть мера политическая, есть политика, отмечал В.И. Ленин <sup>8</sup>.

Основными субъектами деятельности по формированию политических источников права выступают классы, нации, народности, общественные объединения, реализующие свои коренные интересы через деятельность политических партий и профессиональных политиков. Именно в уставах, программах политических партий, движений, в выступлениях их лидеров и профессиональных политиков формируются основные лозунги, идеи и цели правотворческой политики, которая со временем может воплощаться в форме и содержании права. Борьба за власть и сотрудничество в рамках парламентской практики приобретает правовые формы и порождает обусловленную расстановкой по-

литических сил конкретную систему источников права. В ней политическое содержание как бы уходит на второй план, уступая место юридической регламентации процессов соблюдения, исполнения, использования и применения правовых норм, с помощью которых получившие правовую защиту человеческие интересы воплощаются в жизнь. Политическое, таким образом, переливается в юридическое, то есть политические интересы, приобретая свое юридическое закрепление, воплощаются в субъективные права и юридические обязанности субъектов.

**Социальная структура общества** как особый фактор правообразования и влияния на источники права — понятие достаточно сложное. Оно включает в себя объективно сложившиеся на определенном этапе социального развития классы, слои, страты общества, а также нации и народности. Это позволяет выделить два элемента, определяющих социальную структуру общества: экономический и национально-культурный. В первом аспекте классы, социальные слои и страты различаются по месту, которое они занимают в системе общественного производства (физический или интеллектуальный труд, государственная служба, торговля, сфера обслуживания и т. д.), а также по размерам получаемых доходов. Во втором аспекте следует принимать во внимание особенности национального состава общества, своеобразие национально-культурных интересов, которые в той или иной мере выражаются в государственной политике и праве. Как классово-структурные, так и национальные потребности и интересы, как правило, приобретают политико-идеологическую и правовую окраску и через деятельность правотворческих органов воплощаются в праве. Происходящие в сегодняшней России процессы деклассирования рабочего класса, крестьянства, становление молодой развивающейся буржуазии («новые русские»), а также обострение национальных проблем, весьма существенно выразились как в содержании, так и в форме права. В частности, появились источники права в виде законов и подзаконных актов, регулирующих правовое положение отдельных социальных групп: предпринимателей, государственных служащих, казачества, северных народностей и т. д., возникла даже проблема «войны законов» и «парада суверенитетов», выразившаяся в противоречии регионального законодательства федеральному. В бывших советских республиках происходит реанимация древних,

феодалных, по сути, обычаев и религиозных догм. С другой стороны, изменившаяся социальная политика российского государства, выразившаяся в акцентировании внимания на защите прав и свобод граждан, вызвала новые тенденции и изменения в приоритете отдельных источников права. В диссертационных работах последних лет небезосновательно подчеркивается возрастающая роль так называемых нетрадиционных источников права: деловых обыкновений, прецедентов, нормативных договоров, судебной практики, социального общения<sup>9</sup>. Все это свидетельствует, что изменения в социальной структуре российского общества объективно выразились в системе его источников права. Думается, что можно прогнозировать существенные изменения в источниках отраслей так называемого частного права, где отношения частной собственности и взаимодействие между заинтересованными в этом индивидами и коллективами способствуют возникновению правовых норм вне и помимо правотворческой инициативы государства. В появившемся недавно диссертационном исследовании В.В. Трофимова отмечается, что межличностное общение (интеракция) субъектов, находящихся между собой в функциональной связи взаимодействия составляет социальную почву правообразовательного процесса. Конфликты и сотрудничество между людьми определяют императивность или диспозитивность формулируемых в социальных общностях протоправовых, а иногда и правовых требований<sup>10</sup>. Такой микросоциологический подход к тенденциям развития отраслей и источников российского права в современных условиях, заслуживает внимания и поддержки.

**Идеология и психология** общества, его макро- и микросоциальных групп выступают своеобразной интеллектуальной и эмоциональной средой, на почве которой формируются отвечающие историко-национальному духу народа соответствующие источники права. Решающую роль здесь играет система идей, взглядов, теорий, которые в научной и аргументированной форме выражают правовые воззрения и идеалы общества. Психология, представленная чувствами, эмоциями, настроениями и переживаниями в значительной мере формируется на основе идеологии и служит средством «взвешивания», оценки правовых идей через призму представлений об их полезности, эмоциональной привлекательности. При этом необходимо помнить, что идеологи-

ческим и психологическим фактором формирования права служит не только правосознание, но и другие формы общественного сознания, в особенности политические, моральные, экономические взгляды, предопределяющие содержание правовых требований<sup>11</sup>. Идеология определяется объектом своего отражения и целенаправленностью. Поэтому отражение в сфере общественного и индивидуального сознания экономических, политических, нравственных проблем может со временем приобретать правовую направленность, выливаться в юридические понятия, идеи, требования. Правосознание, таким образом, на уровне протоправа фокусирует в себе весь социально и государственно значимый спектр человеческих потребностей, возведенных в ранг интересов. В нем экономическое, политическое и нравственное содержание приобретает форму юридических идей и мотивов деятельности.

Правосознание, концентрируя в себе систему идей, взглядов, теорий, чувств, эмоций, настроений и переживаний по поводу права и юриспруденции, выступает основным идеологическим источником правовых норм. Но в общей классификации источников права оно есть особая разновидность социальных факторов правообразования или источников права. В связи с этим представляется возможным рассмотреть воздействие правосознания на источники права через систему специфических функций. Вопрос этот в науке специального освещения не получил. Думается, что основными функциями правового сознания по отношению к источникам права являются: **правотворческая, познавательная и оценивающая.**

Правотворческая функция правосознания проявляется в том, что оно, с одной стороны, может выступать непосредственной регулятивной основой рассмотрения и разрешения юридических дел (пробелы в праве, аналогия, законодательно установленное разрешение руководствоваться правосознанием и т. д.), а с другой — с его помощью формулируются и рассматриваются проекты нормативных актов, санкционируются нетрадиционные, выработанные практикой правовой жизни общества источники права (обычай, судебная практика, обыкновения и т. д.). Идеино-психологические представления людей о праве здесь материализуются в выводимые из сферы сознания правовые требования. Выше уже отмечалось наше «осторожное» и в целом отрицательное отношение к правосознанию в качестве непосредственного юриди-

ческого источника права. Это связано с той неизбежной долей субъективизма и произвола, которые могут присутствовать в актах юридической деятельности органов власти и граждан, вынесенных в соответствии с их субъективно понятыми правами и обязанностями. Поэтому более предпочтительно видеть в правосознании интеллектуально-волевое средство обеспечения высокого качества актов легального правотворчества, обслуживающего процедуру разработки и принятия совершенных по форме и содержанию источников права.

Познавательная функция правосознания по отношению к источникам права вытекает из его отражательной природы. Правовые воззрения и чувства являются средством и результатом познания людьми закономерностей правового регулирования. Поэтому познание смысла, целей и конкретных требований правовых норм осуществляется в форме правового осознания и истолкования соответствующих источников. Средствами познавательной деятельности здесь выступают идеи, понятия, гипотезы, теории, а также специальные способы толкования права: грамматический, логический, историко-политический, систематический и т. д. Правосознание создает как общий фон, ореол познавательной работы, так и поставляет конкретный инструментарий уяснения смысла правовых явлений.

Оценочная функция правового сознания в сфере источников права вытекает из познавательной и раскрывает возможности использования результатов познания для нужд человеческой жизнедеятельности. Оценка правовых норм выражается в соотношении их с человеческими интересами, определении степени их полезности и пригодности к решению конкретных жизненных проблем. Результаты оценки правосознанием источников права могут выражаться в формулировании суждений о качестве правовых норм, их достоинствах и недостатках, путях и средствах совершенствования. Это официальные и неофициальные мнения, заключения, гипотезы и т. д. о законности и незаконности, справедливости и несправедливости, степени обоснованности, полезности, эффективности и т. д. источников права, влияющие на их легитимность. В формировании оценочного отношения людей к праву значительную роль играет нравственность общества и его социальных групп. И это позволяет рассматривать ее в качестве особой разновидности социальных источников права.



**Мораль общества**, его социальных групп и индивидов через мир нравственного осознания, норм и отношений всегда выступала в качестве важнейшего социального источника права. Именно она определяет нравственный потенциал и легитимность действующих правовых норм. Актуализация отдельных нравственных проблем общественного развития, как правило, выливается в правотворческие попытки их решения с помощью правового регулирования. Борьба с алкоголизмом, проституцией, коррупцией, бюрократизмом и т. п. нравственно-юридическими проблемами выражается в непрекращающихся поисках оптимальных правовых форм для их урегулирования. Нравственность, таким образом, рассматривает право как средство и ищет в нем возможности для решения своих противоречий. В свою очередь, право всегда старается опираться в своих требованиях на поддержку моральных норм, и нравственный ригоризм (нетерпимость) очень часто рассматривается в сфере правотворчества как своеобразный показатель, сигнал о необходимости юридического реагирования. Таким образом, источники права формируются и совершенствуются под исторически непрерывным «прессингом» со стороны морали. Дело в том, что так называемых нравственно безразличных правовых норм в источниках права гораздо меньше, чем норм, имеющих свои нравственные аналоги. И это позволяет данным системам социального регулирования параллельно развиваться на отношениях «ревнивой» конкуренции и поддержки друг друга. В целом же мораль выглядит достаточно мощным и социально чувствительным резервуаром, из которого черпаются возможности для совершенствования источников права.

В научной литературе в числе социальных источников права называется также деятельность государства в качестве непосредственной силы, создающей право<sup>12</sup>. Так, А.В. Мицкевич подчеркивает, что под непосредственным социальным источником формирования права (непосредственной социальной силой, его порождающей) следует понимать деятельность государства, детерминированную материальными условиями жизни классового общества, интересами и идеологией господствующего класса, соотношением классовых сил в данном обществе как факторами, которые определяют волю господствующего класса или стоящего у власти народа, возводимую государством в общеобязательные правила поведения<sup>13</sup>. Однако, на наш взгляд, причисление

правотворческой деятельности государства к системе социальных источников права нарушает единство критерия выделения социальных источников. Дело в том, что такие факторы (источники) правообразования, как экономика, политика, социальная структура, идеология и психология, нравственность имеют объективный характер, складываются спонтанно, под воздействием всей совокупности условий общественной жизни. Работа государства и его органов по возведению государственной воли в закон, несмотря на общую обусловленность социальным бытием, имеет вполне конкретный субъективный характер. Она есть творческая государственно-властная деятельность, характеризующаяся субъективными пристрастиями и возможными ведомственными интересами. Следовательно, практическая работа органов государства в сфере правотворчества должна учитываться в другой классификации источников права. А поскольку эта деятельность основывается на законе, юридической процедуре и имеет официальный характер, то созданные в качестве ее результата источники права следует именовать легальными источниками права. Таковыми выступают формы права, установленные государством и формы права, санкционированные им. Безусловно, в соотношении социальных и легальных источников права в конечном счете первые из них играют ведущую и определяющую роль. Легальные источники постоянно должны учитывать закономерности социальной жизни, подстраиваться под них. Но это «в конечном счете», к сожалению, не всегда учитывается в практике государственного правотворчества, что и составляет вечную проблему несоответствия социальных и легальных источников права.

### **Примечания**

<sup>1</sup> Нашиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника. М., 1974. С. 9.

<sup>2</sup> Вопленко Н.Н., Рожнов А.П. Теоретические основы классификации источников права // Вестник ВолГУ. Сер. 5. Волгоград, 2000. С. 68—72.

<sup>3</sup> Нашиц А. Указ. соч. С. 37—56.

<sup>4</sup> Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1974. С. 19.

<sup>5</sup> Сабо И. Основы теории права. М., 1974. С. 73.

<sup>6</sup> Мицкевич А.В. Формирование права и правотворчество // Правотворчество в СССР. М., 1974. С. 58.

<sup>7</sup> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 4. С. 112.

<sup>8</sup> Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 30. С. 99.

<sup>9</sup> См.: Василенко О.Н. Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000; Березина Е.А. Толкование договора как вид юридического толкования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001; Гаврилов Д.А. Правоприменительное толкование: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000; Попов В.В. Обыкновения правоприменительной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000; Трофимов В.В. Взаимодействие индивидов как правообразовательный процесс: общетеоретический аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001.

<sup>10</sup> Трофимов В.В. Указ. соч. С. 8.

<sup>11</sup> Мицкевич А.В. Указ. соч. С. 17.

<sup>12</sup> Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968. С. 38; Мицкевич А.В. Указ. соч. С. 21.

<sup>13</sup> Мицкевич А.В. Там же. С. 26.

## **§ 4. ФОРМЫ ПРАВА (ИСТОЧНИКИ), УСТАНОВЛЕННЫЕ ГОСУДАРСТВОМ**

К источникам права, которые устанавливаются государством, относятся нормативные акты, издаваемые органами государства и должностными лицами в пределах собственной правотворческой компетенции. Они образуют достаточно сложную многоуровневую систему основных источников российского права, имеющих вертикальную и горизонтальную структуры. Вертикальная структура системы нормативных актов определяется федеративной природой Российского государства, наличием федеральных источников права, а также источников, издаваемых субъектами Федерации и органами местного самоуправления. Горизонтальная структура выражается в расположении всех нормативных актов по отраслям и институтам права <sup>1</sup>. Центральным же структурным элементом этой системы выступает нормативный акт.

**Нормативный акт** есть акт правотворчества, содержащий в себе нормы права. Другими словами, это акт, оформляющий

установление, изменение или отмену правовых норм<sup>2</sup>. Термин «акт» означает письменный документ, фиксирующий правотворческое решение органа власти по поводу установления, изменения или отмены норм права. Нормативный акт обладает всеми основными признаками источника права. В частности, он: а) имеет правотворческую природу; б) содержит в себе нормы права; в) обладает государственной обязательностью; г) издается строго определенными органами государственной власти и в некоторых случаях уполномоченными на это общественными объединениями; д) имеет четко определенную законом форму; е) распространяет свое действие на широкий круг общественных отношений и не исчерпывает свое регулирующее воздействие разовым исполнением.

Из всех перечисленных признаков следует выделить два, отличающих нормативные акты от других источников права. Это основанная на авторитете органов власти безусловная государственная обязательность и внешняя формальная определенность. Действительно, нормативные акты государства отличаются от правовых обычаев, нормативных договоров, нормативных явлений правоприменительной практики и других форм права, санкционированных государством, тем, что представляют собой непосредственное и конкретное выражение государственной воли по важнейшим вопросам правового регулирования. Их государственная обязательность подкрепляется систематической контрольно-надзорной деятельностью правоохранительных органов и возможностью применения наиболее жестких карательных санкций к правонарушителям. К тому же, нормативные акты имеют четко определенную и, наверное, наиболее совершенную форму в виде законов, указов, постановлений и т. д. Имеются все основания полагать, что в статьях и пунктах нормативных актов государственная воля, выраженная с использованием средств законодательной техники, приобретает наиболее конкретное и ясное изложение. Наименование же нормативного акта в виде закона, указа, постановления, приказа и т. д. ориентирует всех субъектов на заранее установленную юридическую силу источника права и его место в общей системе форм права.

Система нормативных актов делится на **законы** и **подзаконные акты**. Законы представляют собой наиболее авторитетные и обладающие наибольшей юридической силой источники права.

Закон есть нормативный акт, изданный в особом порядке представительным органом государства, обладающий высшей юридической силой и направленный на регулирование наиболее важных общественных отношений. В этом определении закона выражены его основные юридические признаки. К ним относятся: а) издание законов только представительными органами; б) особый порядок принятия закона; в) указание на высшую юридическую силу закона; г) ориентированность закона на регулирование наиболее важных общественных отношений.

Разработка и издание законов (законотворчество) составляют важную прерогативу представительных органов. Это означает, что ни органы исполнительной, ни судебной власти не вправе законодательствовать. Наоборот, только представительные органы, в которых работают избранные населением страны депутаты, могут издавать источники права, именуемые законами. В соответствии со ст. 76, 104, 105, 108 Конституции РФ в России законы принимаются Государственной Думой, а также представительными органами (областными думами, законодательными собраниями) субъектов Российской Федерации.

Законы разрабатываются, принимаются и вводятся в действие в особом порядке с соблюдением специальной юридической процедуры, именуемой законодательным процессом. Он представляет собой ряд последовательных этапов разработки, обсуждения, совершенствования законопроекта, его принятия и обнародования, обеспечивающих законность и эффективность законотворческой деятельности. Ни один другой источник права не имеет подобной формализованной процедуры «изготовления» и введения в действие.

Законы в системе источников права обладают высшей юридической силой. Она выражается в верховенстве и непререкаемости закона в системе источников права. В Конституции РФ в п. 5 ст. 76 закреплено, что законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ не могут противоречить федеральным законам, а в случае возникновения такого противоречия действует федеральный закон. Законы как источники права, обладающие высшей юридической силой, а следовательно, наиболее авторитетные, имеют своей целью регулирование жизненно важных общественных отношений. Как принято говорить, по воробьям из пушек не стреляют; по пустякам законы не издают. Поэтому

предметом законодательного регулирования выступают основы общественного и государственного строя, основные права, свободы и обязанности граждан, форма правления и государственного устройства, компетенция высших органов государства и т. д. К сожалению, в практике российского законодательства иногда чувствуется мера важности в законодательных инициативах не выдерживается. Порою появляются законы о спорте, правовом положении женщин, детей и т. д., имеющие скорее нравственно-политический, чем юридический характер. А это способствует размыванию нормативной силы и важности законов, низведению их до значимости популистских документов.

Законы достаточно разнообразны и могут быть классифицированы по различным основаниям: по субъектам их издающим, по сфере действия, по времени действия и т. д. Наиболее важное теоретическое и практическое значение имеет деление законов на **конституционные** и **текущие**, федеральные и законы субъектов России. Конституционные законы издаются для регулирования основных сфер общественной жизни, в которых выражаются основы общественного и государственного строя и приоритеты национально-государственного регулирования. Они составляют правовую основу всей системы источников права, которые призваны развивать, конкретизировать и детализировать конституционное законодательство. К конституционным законам относится Конституция, дополнения и поправки к ней, союзные договоры, акты референдумов. Конституционный статус отдельных законов прямо закреплен в Конституции РФ: законы о референдуме (п. «в» ст. 84), о режиме военного и чрезвычайного положения (ч. 3 ст. 87 и ст. 88), о порядке деятельности Правительства РФ (ст. 114), о полномочиях, порядке образования и деятельности высших органов судебной системы (п. 3 ст. 128) и т. д. Другие же законы могут признаваться конституционными на основе ст. 71 Конституции РФ, определяющий предмет исключительного ведения Федерации и ст. 72 Конституции РФ, регулирующей предмет совместного ведения федерального центра и субъектов РФ. Однако четкость в определении конституционного характера того или иного закона отсутствует. Теоретически право признать тот или иной закон конституционным принадлежит высшему законодательному органу, который при обсуждении проекта закона может прийти к выводу о таком стату-

се закона. На практике же критерии отнесения законов к разряду конституционных достаточно расплывчатые, и многие специалисты по конституционному праву называют в качестве конституционных кодексы: гражданский, уголовный, административный и т. д. Таким образом, думается, необходимо издание особого закона, в котором следует четко сформулировать критерии для конституционных законов.

Особое авторитетное положение федеральных конституционных законов в системе источников российского права основывается на том, что они принимаются высшими органами народного представительства или непосредственным народным голосованием в порядке референдума и, следовательно, обладают наибольшей юридической силой. Это подтверждается и особой процедурой принятия данных законов. В соответствии с п. 2 ст. 108 Конституции РФ федеральный конституционный закон считается принятым, если он получил одобрение не менее  $\frac{3}{4}$  голосов от общего числа членов Совета Федерации и не менее  $\frac{2}{3}$  голосов от общего числа депутатов Государственной Думы. К тому же подобные законы не могут быть отклонены Президентом РФ, а требуют его обязательной подписи и обнародования.

**Текущие**, или просто **федеральные, законы** издаются Государственной Думой в порядке одобрения простым арифметическим большинством, выражаемым в формуле 50 % + 1 голос. Они направляются в течение пяти дней для рассмотрения одобрения в Совете Федерации. Федеральный закон считается одобренным Советом Федерации, если за него проголосовали более половины от общего числа членов этой палаты либо если в течение 14 дней он не был рассмотрен в этом органе. Конституция РФ закрепляет ведущую, приоритетную роль Государственной Думы в принятии федеральных законов в п. 5 ст. 105. Это выражается в том, что в случае несогласия Государственной Думы с решением Совета Федерации, федеральный закон считается принятым, если при повторном голосовании за него проголосовало не менее  $\frac{2}{3}$  от общего числа депутатов Государственной Думы. В целом же законодательная деятельность Федерального собрания РФ составляет предмет науки конституционного права и выражается в понятии законодательного процесса.

**Законодательный процесс** есть процедура деятельности по разработке и принятию законов, выражающаяся в ряде последо-

вательно сменяющих друг друга стадий, этапов правотворческой работы. В науке принято выделять следующие основные стадии законодательного процесса:

- а) законодательная инициатива;
- б) обсуждение законопроекта;
- в) принятие закона;
- г) опубликование или обнародование закона.

**Законодательная инициатива** представляет собой закрепленное Конституцией право определенных субъектов выступать с предложениями по совершенствованию действующего законодательства, влекущими за собой обязательное рассмотрение этого вопроса с включением его в повестку дня работы законодательного органа. Отсюда в понятии законодательной инициативы следует выделять два основных признака: а) принадлежность ее строго определенным органам; б) юридические последствия проявленной инициативы в виде обязательного рассмотрения сделанного предложения в законодательном органе. Этими чертами законодательная инициатива отличается от обычных инициативных предложений граждан, общественных объединений и вообще всех заинтересованных субъектов по внесению изменений в действующее законодательство, которые не влекут за собой обязательных юридических последствий. Ст. 104 Конституции РФ определяет, что право законодательной инициативы принадлежит Президенту РФ, членам Совета Федерации и депутатам Государственной Думы, Правительству, законодательным органам субъектов РФ, Конституционному Суду, Верховному Суду, Высшему Арбитражному Суду РФ. По сравнению с прошлыми советскими конституциями в этом перечне нет Генерального прокурора РФ. И в научной литературе справедливо, на наш взгляд, предлагается предоставить право законодательной инициативы Генеральному прокурору на том основании, что основная задача органов прокуратуры состоит в обеспечении надзора за законностью. И, следовательно, именно в деятельности прокурорских работников наиболее зримо вскрываются и прослеживаются несовершенства системы законодательства. Генеральный прокурор РФ мог бы достаточно компетентно и эффективно выступать с законодательными инициативами.

**Обсуждение законопроекта** является весьма важной стадией законодательного процесса, на которой проявленная инициатива



или внесенный проект закона проходят «шлифовку», совершенствуются путем внесения дополнений, поправок, редактирования и т. д. Данная стадия в принципе может закончиться двумя вариантами: голосованием по проекту с целью его принятия или направлением проекта закона на дополнительное рассмотрение в комиссии, комитеты представительного органа для доработки и согласования с заинтересованными органами. Практика российского законодательства основывается, как правило, на трех чтениях законопроекта и, следовательно, трех последовательных обсуждениях законопроекта, служащих формальным средством проверки качества предлагаемого проекта. Обсуждение проекта закона обычно происходит в режиме гласности на открытом заседании представительного органа по докладу инициатора проекта и содокладу комиссии или комитета, готовивших данный вопрос.

**Принятие закона** происходит в рамках процедуры голосования представительного органа путем подачи голосов каждым депутатом по предлагаемому законопроекту. Закон считается принятым, если за него проголосовало больше половины от общего числа членов представительного органа. В зависимости от вида законов (конституционный или текущий) этот вопрос решается простым арифметическим большинством голосов или квалифицированным. Так, для принятия конституционного закона или для преодоления вето Президента РФ необходимо квалифицированное большинство голосов в виде  $\frac{2}{3}$  от числа депутатов. Обычные же законы принимаются арифметическим большинством голосов (50 % + 1). Принятый закон направляется на подпись Президенту РФ, который в течение 14 дней обязан его подписать или отклонить мотивированным заключением (ст. 107 Конституции РФ). В случае отклонения Президентом принятого закона Федеральное собрание может преодолеть президентское вето повторным рассмотрением и одобрением федерального закона  $\frac{2}{3}$  голосами депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации. В этой ситуации Президент обязан подписать и обнародовать повторно принятый закон.

**Обнародование принятого закона** осуществляется его опубликованием в течение 7 дней после подписания Президентом в официальном вестнике «Собрание законодательства Российской Федерации» и в «Российской газете», которая выполняет функцию официального органа для обнародования принятых законов. Разумеется, что вновь принятые законы могут публиковаться и

в других официальных вестниках, газетах, журналах, но эти издания не выполняют официальных функций обнародования, а служат средством инкорпорации законодательства.

Вся система законов, издаваемых Государственной Думой РФ и законодательными органами субъектов Российской Федерации, теоретически объединяется понятием законодательства. Таким образом, законодательство в узком смысле этого слова и, добавим, в строго научном смысле есть система законов и только законов. Между тем в учебной, публицистической и довольно часто научной литературе термин «законодательство» используется как родовое понятие, объединяющее в себе законы, подзаконные нормативные акты и иные источники права. Очевидно, это своеобразный симптом континентального характера российской правовой системы, в которой ведущую роль и положение среди источников права занимают законы и подзаконные нормативные акты. Поэтому, встречая в литературе термин «законодательство», надо по возможности установить, в каком смысле он употребляется: в узком и строго научном как система существующих законов или в широком и обобщенном как синоним всех действующих источников права.

Итак, система источников права, установленных государством, включает в себя законы и подзаконные нормативные акты. Последние призваны конкретизировать и развивать законы, демонстрируя, таким образом, преемственность и производный характер исполнительной власти от власти законодательной. Органы исполнительной власти как бы подхватывают от власти законодательной эстафету конкретизации, выраженной в законах, государственной воли, реализуя ее в подзаконном правотворчестве.

**Подзаконные нормативные акты** образуют сложную внутреннюю согласованную и построенную на принципах иерархии (соподчиненности) систему источников права, издаваемых различными органами исполнительной власти в пределах собственной компетенции. Они обладают следующими основными чертами: а) содержат в себе нормы права; б) конкретизируют государственную волю, выраженную в законах органов представительной власти; в) издаются в строго определенной юридической форме, строго определенными органами; г) подлежат официальному опубликованию; д) обладают государственно-властным подзаконным характером<sup>3</sup>. Во главе системы подзаконных

нормативных актов России стоят нормативные указы Президента. Они содержат в себе нормы права по вопросам собственной компетенции Президента РФ и его правового положения в качестве главы государства (ст. 80 Конституции РФ). Правотворческая деятельность Президента имеет подзаконный характер и, следовательно, его указы и распоряжения не должны противоречить Конституции РФ и федеральным законам (ст. 90 Конституции РФ). Вместе с тем отдельные указы Президента в переходный период российского государства и общества по вопросам приватизации, землепользования, при наличии пробелов в праве и т. д. имеют характер, опережающий издание парламентом законов, и это способствовало появлению так называемого «указного права» России<sup>4</sup>. Все это дает основание некоторым авторам видеть в нормативных указах не просто подзаконные источники права, а особые нормативные акты делегированного законодательства. Однако, думается, основное значение нормативных указов Президента состоит все же в том, что они возглавляют систему подзаконных актов органов исполнительной власти. Право Президента как главы государства и гаранта Конституции издавать нормативные акты в порядке «опережающего» делегированного законодательства относится к числу исключительных полномочий и должно рассматриваться в качестве элемента системы сдержек и противовесов в взаимоотношениях между законодательной и исполнительной властями.

Кроме нормативных законов, Президент издает также указы индивидуальные (правоприменительные) и распоряжения. Такое значение имеют указы о награждении граждан и организаций, о присвоении высших воинских званий, о назначении на должности, поручения в адрес должностных лиц и органов и т. д. Это правовые акты текущего управленческого характера.

Следующим звеном в системе подзаконных нормативных актов являются **постановления Правительства РФ**. Они издаются в соответствии со ст. 115 Конституции РФ на основании и во исполнение Конституции, федеральных законов, нормативных указов Президента РФ по вопросам, отнесенным к компетенции Правительства РФ (ст. 114 Конституции РФ). В постановлениях Правительства выражаются правовые формы управленческой деятельности в сфере финансов, кредитной и денежной политики, культуры, образования, здравоохранения, управления федераль-

ной собственностью, обороной страны и т. д. Это нормативные акты общего межведомственного характера, устанавливающие основные начала управленческой деятельности в области хозяйства, культуры, науки, обороны и т. д., которые выражают основные направления правовой политики Правительства. Вопросы индивидуального правового регулирования оформляются Правительством в форме распоряжений. Нормативные постановления Правительства подписываются Председателем Правительства или его заместителями и подлежат обязательному опубликованию в «Российской газете» и «Собрании законодательства Российской Федерации» вместе с указами и распоряжениями Президента РФ.

Самыми большими по объему и значительными по содержанию в системе подзаконных нормативных актов выступают **приказы и инструкции министерств, государственных комитетов, федеральных агентств и служб**. Это так называемое ведомственное «законодательство», составляющее правовую базу отраслевой управленческой деятельности. Приказы и инструкции являются правовыми актами федеральных органов исполнительной власти и устанавливают правовые нормы, действующие в пределах внутриведомственных отношений, т. е. распространяющиеся на деятельность органов и должностных лиц соответствующего ведомства. Однако в силу особенностей компетенции отдельных министерств, государственных комитетов и т. д. их приказы и инструкции могут выходить за рамки ведомственной значимости и приобретать общегосударственный межведомственный характер. Такое значение, например, имеют приказы и инструкции министерства финансов, Центрального банка, налоговой службы, министерства внутренних дел и т. д. Их действие распространяется не только на сотрудников соответствующего ведомства, но и довольно часто затрагивает существенные права, интересы и обязанности граждан, поэтому, как и в прошлое советское время, так и сейчас, чрезвычайно остро стоит проблема законности ведомственных нормативных актов. Научные исследования, прокурорская и судебная практика свидетельствуют, что именно данный «пласт» подзаконных нормативных актов способен выступать в виде юридического средства защиты и обоснования узковедомственных эгоистических интересов<sup>5</sup>. Именно в ведомственных приказах и инструкциях часто содержатся нормы

права, противоречащие Конституции и федеральными законам, указам Президента и постановлениям Правительства РФ. Поэтому Президент РФ своим указом установил обязательную государственную регистрацию нормативных актов органов исполнительной власти, затрагивающих права и законные интересы граждан, в Министерстве юстиции РФ. Этой же цели служит требование п. 3 ст. 15 Конституции РФ, согласно которому любые нормативные акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения.

Сложность вопроса о законности ведомственных нормативных актов усугубляется тем, что наряду с приказами и инструкциями министерства, государственные комитеты, федеральные агентства и службы часто издают правовые акты в форме методических писем, указаний, директив, разъяснений и т. д., юридическая природа которых четко не определена. Однако, например, методическое письмо или разъяснение Министерства по налогам и сборам в сфере фискальной деятельности налоговых органов способно принципиально изменить юридическую практику и существенно повлиять на экономические интересы граждан. Отсюда вытекает важность судебного конституционного контроля за законностью подобных правовых актов.

Нормативные акты министерств и ведомств публикуются в «Российской газете», «Собрании законодательства Российской Федерации», а также в ведомственных бюллетенях и сборниках. Их юридическая сила и регулятивное действие не должны входить в противоречие с федеральными законами, указами Президента, постановлениями Правительства.

**Законодательство субъектов РФ** составляет особый «пласт» в системе источников права, юридическая природа которого определяется федеральным устройством России. Представительные (законодательные) органы входящих в РФ республик, краев, областей, городов федерального значения, автономных округов в соответствии со своими конституциями и уставами издают законы и постановления, а президенты, губернаторы, главы администраций субъектов РФ — указы и постановления в соответствии с конституциями и уставами данных регионов. Данные нормативные акты регулируют вопросы общественной жизни по предметам совместного ведения РФ и субъектов в нее входящих, а также в

сфере, являющейся исключительной компетенцией субъектов РФ (ст. 72, 73 Конституции РФ). Данные региональные источники права являются подзаконными по отношению к федеральным законам, указам Президента РФ и постановлениям Правительства РФ, ведомственным приказам и инструкциям, но конкретные вопросы определения их юридической силы решаются федеративными договорами, согласительными процедурами, указами Президента и решениями Конституционного Суда РФ. Это достаточно политически острая проблема разграничения предметов ведения федерального центра и субъектов РФ. Она нуждается в дополнительном законодательном урегулировании.

Правительства, министерства, комитеты, управления и отделы администраций субъектов РФ издают постановления, приказы, инструкции в соответствии с нормативными актами, закрепляющими их региональную компетенцию. Данные источники права не должны противоречить федеральному и региональному законодательству. В их юридической природе прослеживается принцип двойного подчинения. Например, Министерство образования Саратовской области издает приказы и инструкции, отражающие региональную политику саратовского Правительства, а с другой стороны, само министерство обязано руководствоваться нормативными актами Министерства образования РФ.

Следующим звеном в системе источников права выступают нормативные акты органов местного самоуправления в виде постановлений. Это постановления глав муниципалитетов, районов, городов, сельских администраций по вопросам общественного порядка, торговли, здравоохранения, культуры и т. д. в территориальных границах соответствующего региона. Они призваны отражать местные условия и инициативы населения, а с другой стороны, соответствовать принципу единой законности в государстве, т. е. не противоречить федеральному, республиканскому или областному законодательству.

Самым нижним звеном в системе источников права выступают локальные нормативные акты, издаваемые руководителями государственных и общественных учреждений и организаций в виде приказов и инструкций. Это нормативные акты директоров заводов, фабрик, руководителей вузов, общеобразовательных школ, управляющих акционерными объединениями и т. д. по вопросам организации внутренней служебной и трудовой жизни

соответствующих коллективов людей. Естественно, что подобные источники права не должны противоречить всей системе федерального и местного законодательства. Они издаются на основе уставов и положений о данных организациях, в которых закрепляется компетенция их руководителей.

В связи с переходом России к рыночному хозяйству и становлению частно-предпринимательской деятельности своеобразное положение в системе источников права занимают нормы так называемого **корпоративного, или частного права**. Это приказы и инструкции частных предпринимателей, действующие в пределах их организаций и распространяющиеся на подчиненных им работников. Это сравнительно новое и находящееся в становлении и развитии правовое явление, которое, безусловно, должно иметь подзаконный характер, не противоречить Трудовому кодексу РФ и всему остальному законодательству. Но его юридическая природа существенно отличается от всей рассмотренной системы источников права, установленных государством. Очевидно, что это особая форма права, не установленная, а санкционированная государством. Поэтому нормы частного права, или корпоративного права, рассматриваются здесь только с целью акцентирования внимания на иерархичности вертикальной системы источников права.

### Примечания

<sup>1</sup> Поленина С.В., Сильченко Н.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. М., 1987. С. 46—47.

<sup>2</sup> Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. М., 1967. С. 26.

<sup>3</sup> Яценко В.Н. Применение подзаконных нормативных актов в судебной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 10.

<sup>4</sup> Лучин В.О. «Указное право» в России. М., 1996.

<sup>5</sup> Лобашев А.В. Ведомственные нормативные акты Советского государства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1988. С. 15; Николаева М.Н. Нормативные акты министерств и ведомств СССР. М., 1975. С. 114—115; Боброва В. Деятельность конституционных (уставных) судов Российской Федерации в 2001 году // Российская юстиция. 2002. № 6. С. 68.

## § 5. ИСТОЧНИКИ И ФОРМЫ ПРАВА, САНКЦИОНИРОВАННЫЕ ГОСУДАРСТВОМ

Проблема государственного санкционирования в праве требует своего самостоятельного исследования. Санкционирование источников права — ее весьма важная составная часть. «Санкционировать» означает утверждать, разрешать, одобрять, давать санкцию, признавать законной, правильной какую-либо деятельность и ее результаты<sup>1</sup>. Государственное санкционирование источников права означает наделение юридической силой, свойством государственной обязательности какого-либо правила общественного поведения или общественного отношения, ранее не обладавшего этим качеством. По своей сути, государственное санкционирование объективно сложившегося или сознательно выработанного правила или отношения означает наделение их **правовым качеством**, возведением их в ранг официальных источников права. Следовательно, что подобной деятельностью могут заниматься только субъекты, обладающие властными полномочиями и, как правило, осуществляющие правотворческие функции. Уточняющая фраза «как правило» употребляется автором для акцентирования внимания на том обстоятельстве, что санкционированием источников права могут заниматься не только сугубо правотворческие органы государства, но и органы правоприменения (высшие судебные инстанции) в порядке обеспечения единообразия и стабильности судебной практики, а также участники договорных отношений, ориентирующиеся на соблюдение обычаев или деловых обыкновений. Но и в этих случаях государство в лице своих контрольно-надзорных и правотворческих органов «не возражает», «допускает», молчаливо или в самой общей форме (ст. 5 ГК РФ) признает возможность опосредованного санкционирования определенных стандартов, образцов поведения в качестве источников права. Следовательно, основными субъектами, санкционирующими источники права, выступают органы законодательной и исполнительной власти, судебные органы, участники договоров по взаимному согласию и негосударственные объединения в процессах их взаимодействия<sup>2</sup>.

Важной проблемой санкционированного формирования источников права является технология или способы санкциониро-



вания. В наиболее обобщенном виде можно выделить следующие основные способы санкционирования:

- а) правотворческое, в том числе и законодательное, закрепление статуса источника права;
- б) правотворческая или правоприменительная отсылка к объективно сложившейся или выработанной практикой социальной норме;
- в) конституционное закрепление юридической значимости и приоритета общественных основных принципов и норм международного права (п. 4 ст. 15 Конституции РФ);
- г) договорное признание источника права;
- д) доктринальное обоснование авторитетности и практической значимости какого-либо правила.

Думается, что технология санкционированного воспроизводства источников права определяется многими факторами национального, культурного, исторического развития правовых систем и более предметно может быть рассмотрена при анализе конкретных санкционированных источников права. Как уже отмечено, к основным видам форм права (источников), санкционированных государством относятся: правовые обычаи, нормативные договоры, акты общественных объединений, юридическая практика, правовая доктрина, религиозные нормы. Рассмотрим их основные черты.

**Правовые обычаи** представляют собой естественно-исторический процесс развития и становления санкционированных источников права. Будучи одной из первых исторических форм права, появившихся помимо государственной правотворческой деятельности, они инициировали последующее возникновение иных источников права санкционированного характера и способствовали их закреплению в правовых системах. Они демонстрируют особый путь, особый метод правообразования, который государство вынуждено терпеть и использовать с целью обеспечения единства и согласованности всей системы источников права. И все-таки государственный интерес присутствует и в правовых обычаях, ибо их санкционирование, правотворческое или молчаливое, свидетельствует о том, что государственная власть берет их под свое покровительство и защиту, возводит просто социальные обычаи в ранг правовых. В связи с этим, справедливо отмечает В.М. Баранов, правовой обычай — это обычай, применение которого обеспечивается санкцией государства<sup>3</sup>.

**Правовой обычай** есть объективно сложившееся в результате неоднократного повторения правило общественного поведения, основанное на соображениях его целесообразности и полезности, которое признается государством в качестве источника права. Другими словами, это вошедшее в привычку и достаточно широко применяемое правило поведения, отражающее правовое содержание общественных отношений, которому придана форма позитивного права <sup>4</sup>. В основе правового обычая лежат признаки многократности применения, целесообразности, полезности и авторитетности выработанной практикой человеческого общения стандарта, образца поведения в определенных жизненных условиях. В отличие от других источников права правовой обычай характеризуется своеобразием своей формы. Он менее формализован и значительно больше предоставляет сторонам свободу собственного усмотрения, согласования индивидуальных волей. Следование санкционированному обычаю означает не только выражение согласия с государственной волей, но и проявление социальной солидарности с нормами общественного порядка, на которых он основывается.

Вся система реально существующих правовых обычаев образует так называемое обычное право, роль и авторитет которого в различных правовых системах мира существенно отличается. Однако замечено, что значение обычного права наиболее существенно в тех государствах, развитие которых происходило преимущественно эволюционным путем, без кардинальных изменений государственного и общественного строя, в ходе революций и жестоких гражданских войн. В основе социальной живучести и востребованности обычаев вообще и правовых обычаев в частности, лежит такое качество общественной и государственно-правовой жизни, как преемственность основных норм и институтов общества. Это наследование и совершенствование опыта и культуры прошлых эпох, способствующее эволюционному развитию государства и права. Такой путь развития характерен для англосаксонской правовой системы, африканских государств. В России Октябрьская революция 1917 г. провозгласила коренной и решительный переворот во всех сферах общественной и государственной жизни и отрицание возможности использования обычаев и правовых норм феодального и буржуазного характера. Создание нового социалистического законодательства происходило под

лозунгом партийной непримиримости по отношению к прошлой общественно-экономической формации. Отсюда нормы социалистического права в значительной степени вытеснили и заменили большинство старых национальных традиций, обычаев, лишив их правовой защиты. В результате этого, правовые обычаи советского периода, впрочем, как и современной России, выглядят своеобразными вкраплениями, «островками» в общей системе позитивного права. Таким выглядит использование портовых обычаев в Кодексе торгового мореплавания РФ (ст. 134), когда время погрузки или разгрузки судов определяется соглашениями сторон или портовыми обычаями, а также ст. 5, 6 ГК РФ, разрешающие использование обычаев делового оборота или национальных обычаев при установлении фамилии и имени гражданина (ст. 19 ГК РФ). Частичное использование обычаев допускают также нормы семейного, земельного и лесного права. Вместе с тем в настоящее время в России наблюдается своеобразный «ренессанс», возрождение национального самосознания народов и соответствующих национальных традиций и обычаев. Вследствие этого возрастает роль старинных обычаев семейной и хозяйственной жизни у народов Севера, Кавказа, населения Дальнего Востока. Например, правовое закрепление за древними народами земель для охоты, земледелия или водной акватории для рыбной ловли происходит с учетом исторических особенностей их жизни. Все это свидетельствует, что правовые обычаи как особый источник права России не исчерпали себя и имеют перспективу развития.

**Нормативные договоры** или, как они еще называются, договоры с нормативным содержанием являются выражением добровольно-согласительных начал и саморегуляции в гражданском обществе. Они весьма разнообразны и отражают многообразие сфер совместной человеческой жизнедеятельности на основе взаимного согласования индивидуальных и групповых волей. Поэтому односторонним и неполным выглядит определение нормативного договора как соглашения двух или более сторон, в котором одним из субъектов непременно выступает государство или его орган<sup>5</sup>. При таком понимании данного источника права публично-правовой характер и государственно-волевое происхождение норм договорного права возводятся в ранг общей закономерности их бытия. Между тем сфера частного права в целом и такие

отрасли, как гражданское, семейное, предпринимательское право и другие, убедительно свидетельствуют о юридическом равенстве и негосударственном характере участников многих договорных отношений. Брачный договор, трудовое соглашение с руководителем частной фирмы, многочисленные договоры о совместной деятельности между частными лицами или предпринимателями в полной мере свидетельствуют об этом. Таким образом, в самом общем виде, **нормативный договор** есть соглашение двух или более сторон о взаимном признании прав или взятии на себя обязательств в процессе совместной, а также односторонней деятельности, которым на основе согласия придается юридическое значение<sup>6</sup>. Такое понимание нормативного договора не противоречит ст. 420 ГК РФ, устанавливающей, что договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

Нормативный договор как особый источник права санкционированного происхождения обладает своими особыми признаками. В частности, он: а) выражается в правовом акте; б) имеет письменную форму, хотя не исключает и устную договоренность; в) содержит в себе нормативно выраженные взаимные права и обязанности сторон; г) опирается на особые юридические санкции и процедуру рассмотрения споров, конфликтов; д) является результатом взаимного согласия о правах и обязанностях; е) имеет длящийся во времени характер. Особо следует подчеркнуть нормативное содержание договора и его длящийся характер, что позволяет отличить собственно нормативный договор от разовых соглашений о сотрудничестве. Дело в том, что некоторые исследователи не относят трудовые контракты и соглашения к разряду нормативных договоров на том основании, что они регулируют персонально определенные статусы субъектов в конкретных трудовых отношениях. Однако длящийся во времени характер действия подобных соглашений и, главное, их нормосодержащая структура, дающая основания видеть в юридически закрепленных правах и обязанностях особую форму выражения правовых норм, позволяет рассматривать их в качестве источников права. Сложность понимания юридической природы нормативных договоров, особенно в сфере частного права, определяется их исключительным многообразием. Оно, в свою оче-

редь, производно от множественности и индивидуальной неповторимости человеческих интересов, средством согласования которых и выступают нормативные договоры. С другой стороны, именно они вместе с правовыми обычаями явились в качестве исторически первых цивилизованных способов юридического оформления и закрепления совместной деятельности людей на началах права. В последующем же, по мере развития политической и правовой систем общества и активизации правотворческой деятельности государства, нормативные договоры стали выполнять весьма важную функцию — сглаживания и компенсации недостатков, свойственных всеобщности и обезличенности социального регулирования на основе нормативных актов государства. Таким образом, социальная ценность нормативных договоров состоит не только в том, что они регулируют особую сферу общественной жизни, «заповедную» для государства, но, будучи незаменимой и исключительной формой согласования индивидуальных воле, повышают социальную чувствительность всей общей системы источников права.

Классификация нормативных договоров в науке не устоялась, но их специфика заметно просматривается в различных отраслях права. Поэтому принято выделять договоры конституционные, административные, гражданско-правовые, международные и т. д. Большое практическое значение имеет деление всех нормативных договоров на **договоры о компетенции** и **договоры о взаимодействии**, которое в значительной мере охватывает имеющееся разнообразие правовых соглашений. Договоры о компетенции играют важную роль в сфере конституционного и административного права, определяя компетенцию органов государственной власти и разграничивая предметы их ведения. Такое значение имеет федеративный договор от 31 марта 1992 г. о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти РФ и органами власти суверенных республик в составе РФ, договор от 15 февраля 1994 г. о разграничении предметов ведения и взаимном делегировании полномочий с Республикой Татарстан и т. д. Они имеют внутрифедеральный характер и составляют нормативную основу для управленческих решений.

Договоры о взаимодействии выглядят как многочисленные соглашения о дружбе и сотрудничестве между государствами в сфере международного права и субъектами РФ. Например, Дого-

вор о дружбе и сотрудничестве между Чувашской Республикой и Республикой Башкортостан (1994 г.), договоры экономического, хозяйственного, финансового, культурного характера в области гражданского права между государственными, частными и общественными организациями и лицами. Они составляют нормативный материал для формирования так называемого договорного права как особой отрасли. Исключительно важное значение подобные договоры имеют в области межгосударственных отношений в качестве основного источника международного права. Это означает, что все международные договоры можно рассматривать как особую разновидность договоров о взаимодействии.

**Нормативные акты** общественных объединений относятся к формам права санкционированного характера в силу того, что приобретают юридическую силу, становятся источниками права только после их утверждения органами государства. Такое значение имеют уставы и положения, определяющие внутреннюю структуру, компетенцию, принципы и методы деятельности общественных объединений. В науке принято различать две основные формы санкционирования государством нормативных актов общественных объединений: в порядке выражения (дачи) **предварительного согласия** и в порядке **последующего согласия**, одобрения разработанных правовых актов. В первом случае орган государства поручает общественному объединению разработать нормативный акт и самостоятельно без последующего согласования ввести его в действие. В подобной практике компетентный орган делегирует правотворческие полномочия общественному объединению заранее, наделяя юридической силой создаваемый нормативный акт. Обычно таким путем разрабатывается и вводится в действие устав Академии наук РФ, которая по предварительному поручению Правительства РФ утверждает свой устав на общем собрании членов Академии.

Во втором варианте общественное объединение, разработав свой нормативный акт, представляет его на утверждение государственному органу и только после получения от него санкции вводит его в действие. Это наиболее распространенная процедура оформления правотворческой деятельности общественных объединений. Санкционировав (утвердив) устав или положение об общественном объединении, орган государства тем самым наделяет их юридической силой, ставит под защиту правового порядка.

Юридическая природа правовых норм и нормативных актов, создаваемых общественными объединениями, профсоюзами, хозяйственными и коммерческими организациями весьма своеобразна. Их называют обычно нормами внутриведомственного, внутриорганизационного (уставного) или корпоративного права. Они определяют внутренний порядок деятельности членов данных организаций, компетенцию должностных лиц и органов, образованных этими объединениями. Отсюда их подзаконный и внутриорганизационный характер.

Следующим элементом в системе источников права, санкционированных государством (в соответствии с авторской классификацией), выступает **юридическая практика**. Это достаточно сложное, в научном плане дискуссионное и не всеми специалистами признаваемое в качестве особой формы права явление. Учитывая это обстоятельство, в настоящей работе юридической практике посвящается отдельный самостоятельный параграф. Автор исходит из того, что не вся юридическая практика, а только ее отдельные, наиболее значимые элементы правоприменительного творчества (прецедент толкования, прецедент применения, правоприменения, деловые обыкновения, руководящие разъяснения, акты правотворческого толкования) могут рассматриваться в качестве особых источников права.

**Правовая доктрина**, или «**право юристов**», обычно не относится к числу источников права современного права. Однако в ретроспективе это явление оказало существенное влияние на основные черты и исторический процесс формирования романо-германской и англо-саксонской правовых систем, на общую тенденцию рецепции права, да и в настоящее время научная мысль продолжает оказывать существенное влияние на практику правотворчества и правоприменения. Но юридическую силу, значимость она приобретает только после государственного санкционирования.

Под правовой доктриной следует понимать научное творчество, выраженное в форме правовых идей, гипотез, теорий, понятий и категорий, вскрывающих существенные черты и закономерности правовой жизни общества. Это научно-исследовательская мысль, составляющая идейную основу и теоретический стержень практики правотворчества, толкования и применения правовых норм. Она зародилась и получила свое развитие вместе с

государством и правом, удовлетворяя их насущные нужды практического бытия. На различных этапах государственно-правового развития юридическая наука выполняла существенно различающиеся функции. Наиболее значимая из них — **функция практически прикладного обслуживания** потребностей юридической деятельности. Она присутствовала во всех эпохах государственно-правового развития. Пожалуй, впервые наиболее ярко правовая доктрина проявила себя в праве Древнего Рима, что подтверждается изучением курса «Римское право» и сегодняшними студентами-юристами. Римские юристы существенно разработали юридическую технику толкования и применения норм публичного и частного права и своими институциями, комментариями заложили основу правового развития стран Западной Европы. В сегодняшней России востребованным оказалось определение права древнеримским юристом Ульпианом как искусства добра, равенства и справедливости <sup>7</sup>. Юристы — знатоки римского права впервые разработали понятия и технику словесно-грамматического и волевого (познание воли закона или сторон) толкования права. Наиболее авторитетным юристам императоры поручали осуществлять официальное толкование на запросы к верховной власти. При этом ответы таких юристов имели юридическую силу императорского толкования <sup>8</sup>. В 426 г. до н. э. в Римской империи был издан закон «О цитировании юристов», согласно которому сочинения таких видных юристов, как Папиниан, Павл, Ульпиан, Гай, Модестин, а также тех юристов-предшественников, на которых они ссылаются, придавалось обязательное значение. Говоря современным языком, научные разработки данных юристов приравнивались к источникам права.

Падение Римской империи привело к разрушению господства ее правовой системы на территории Западной Европы на многие столетия. Но уже в XII—XIII вв. в крупных городах Италии и других стран возникают университеты, в которых наряду с теологией и медициной усиленно идет преподавание и изучение юриспруденции в русле идей и духа римского права. Как отмечает Гарольд Дж. Берман, по современным подсчетам в Болонье (знаменитая Болонская школа юристов) в XII—XIII вв. одновременно изучали право до десяти тысяч студентов. И подготовленные юристы затем прилагали свои знания, чтобы придать стройность и связанность растущему множеству правовых



норм, помогая таким образом вылепить правовые системы из материала старых правовых порядков, которые прежде были почти совершенно растворены в общественном обычае, политических и религиозных институтах вообще<sup>9</sup>. В основе юридического образования этой эпохи лежали тексты римского права в виде законов императора Юстиниана, Институций, Дигестов, а также иных сочинений римских юристов, что в конечном счете способствовало рецепции духа, принципов и норм древнеримского права вообще. Отсюда континентальная система права восприняла многие понятия, идеи, технику толкования, юридические процедуры и институты римской юриспруденции и практики. К ним можно отнести учение о субъектах права, основы брачно-семейных отношений, право собственности, наследственное право, обязательства, деликты и т. д. Меньшее влияние римского права наблюдается в англо-саксонской правовой системе. Но и здесь такой видный специалист, как Рональд Уолкер, отмечает использование римского права в областях морской торговли, церковных судах, судах общего права, в отдельных договорах и сервитутах<sup>10</sup>. Однако, несмотря на самобытность английской правовой системы с ее общим правом и правом справедливости, господством обычаев и судебных прецедентов, правовая доктрина оказала и здесь существенное влияние на практику правотворчества и правоприменения. Английской судебной системе широко известны имена таких юристов, как Гленвилл, Литтльтон, Кок, Бракстон, Блэкстон, научные труды и комментарии которых приравниваются к источникам права. Трактат Гленвилла «О законах и обычаях Англии» появился около 1187 г. и наряду с работами названных юристов составлял практически до XVIII в. важную составную часть источников английского права. Р. Уолкер подчеркивает, что «Комментарии к законам Англии» Блэкстона, опубликованные в 1765 г., являются, видимо, последней книгой, которая может служить источником права<sup>11</sup>. Вместе с тем следует иметь в виду, что и в настоящее время «право юристов», т. е. правовая доктрина, для английских судов в необходимых случаях продолжает оставаться важной составной частью нормативной основы правоприменительной деятельности.

Евразийское положение и исторические особенности национального и культурного развития России не могли не отразиться на ее правовой системе и, в частности, системе источников права.

Отечественная правовая жизнь строилась преимущественно самобытно, выражая срединное положение между Востоком и Западом, рецептируя черты правовых систем Византии, Германии, терпеливо относясь к традициям и обычаям мусульманского Востока и Кавказа и вместе с тем пропуская и «переваривая» все эти факторы через российскую православную ментальность. Как отмечает В.Н. Синуков, «несмотря на принадлежность источников нашего права к римской юридической культуре, в исходной социальной тенденции она имеет иной духовный вектор и в сочетании с особым регулятивным рисунком — собственный социальный смысл как элемент жизненного мира русских»<sup>12</sup>. Преодоление федеральной раздробленности, вылившееся в абсолютизм эпохи Петра I, последующее за этим самодержавие династии Романовых и семидесятилетие тоталитарного режима Советской власти не способствовали суверенизации политической и правовой мысли, ее рассматривали и использовали преимущественно в качестве идеологического средства защиты и упрочения соответствующего политического режима. Правовая доктрина России никогда не брала на себя функцию официального источника права, а точнее, ей эту функцию ни одна политическая власть не доверяла. И дело здесь не в недостатке зрелых и ответственных за судьбы отечества умов, а в российской традиции властвования. Многовековая и всюду проникающая политизация общественной, а особенно юридической жизни, не позволила правовой науке самостоятельно диктовать нормы поведения правительству и населению страны. Однако это не означает, что российская правовая мысль исторически непродуктивна и не внесла свой вклад в теорию и практику правотворчества. Многочисленные труды таких специалистов проблемы, как С.Л. Зивс, В.А. Туманов, А.В. Мицкевич, А.С. Пиголкин, С.В. Поленина, А.Ф. Шебанов и других, свидетельствуют о существовании огромного научного потенциала в сфере нормотворчества. Задача состоит в формировании изначально легитимной и правовой по своему характеру политической власти, которая бы бережно и внимательно отнеслась к наработкам юридической науки, используя их в реформировании политической и правовой систем.

Исходя из деления всех источников права на основные и вспомогательные, следует признать, что правовая доктрина современной России реализует себя через научно-практические

комментарии к кодексам и другим законам, а также комментарии и обзоры юридической практики. И эти вспомогательные источники права часто оказываются для юристов-практиков не менее авторитетными, чем «сухие и аскетичные» нормы законов. Не секрет, что практически у каждого следователя, судьи, прокурора и адвоката наряду с текстом Конституции, кодексов, законов и подзаконных актов, всегда рядом лежат научные комментарии к ним, и эти научно-исследовательские разработки видных ученых оказываются не менее востребованными, нежели основные источники права. Это акты неофициального доктринального толкования, которые вследствие своей научной убедительности и авторитетности играют вспомогательную роль источников по сложным и недостаточно ясным вопросам юридической квалификации.

Другим важным направлением влияния юридической науки на систему источников права является официальное толкование в порядке судебного контроля, осуществляемое Верховным Судом, Высшим Арбитражным Судом и Конституционным Судом РФ, а также конституционными (уставными) судами субъектов РФ. Дело в том, что членами высших судебных инстанций часто работают кандидаты и доктора юридических наук. Существенную роль в становлении российского конституционного правосудия сыграли такие ученые-юристы, как В.Д. Зорькин, В.А. Туманов, М.В. Баглай, Н.В. Витрук, В.С. Эбзеев и другие. Постановления и определения Конституционного Суда, в которых раскрывается и обосновывается конституционный смысл действующего законодательства и излагаются правовые позиции судей, по своему содержанию являются авторитетными и аргументированными произведениями научного характера. Можно сказать, что за каждой фразой, мыслью, аргументом, обосновывающим положение решений Конституционного Суда просматривается мантия доктора права.

**Религиозные догмы** в современных условиях представляют собой специфический источник мусульманского права в различной степени санкционированный и допускаемый к использованию в государствах арабского мира. Вместе с тем следует помнить, что в эпоху Средневековья религиозные нормы разрабатывались и достаточно широко применялись в странах Западной Европы в форме так называемого канонического права. Гречес-

кое слово «каноп», первоначально имевшее значение «прямой прут», затем «измерительная палочка», а впоследствии «правило» или «норма», постепенно приобрело специальное правовое значение закона, изданного синодом, вселенским собором или даже отдельным епископом<sup>13</sup>. Становление канонического права, усиление роли церковных судов и их юрисдикции по гражданским и уголовным делам, а затем постепенное падение религиозной системы в целом являются отражением существующей на протяжении VI—XIV вв. идейной и политической борьбы между светской и религиозной властями. Тем не менее основные источники канонического права — Библия, трактаты «отцов церкви», т. е. религиозных авторитетных ученых-богословов, постановления церковных соборов, пап и епископов совместно с кодификацией римского права Юстиниана и университетской юридической наукой — выразили специфику формирования западной традиции правовой системы.

Мусульманское право вместе с религией ислама возникли в VII—X вв. и получили распространение в странах арабского мира. Ислам как религия не делит мир на светскую и религиозную сферы. Для него общественная жизнь едина и должна основываться на законах Аллаха, открытых им пророку Мухаммеду, закрепленных в священной книге всех мусульман Коране, дополненном преданиями Сунны о жизни пророка и истолкованных в трудах мусульманских ученых<sup>14</sup>. Это один из подходов к природе мусульманского права, основанный на изначально юридической природе мусульманского права. Согласно другой точке зрения, мусульманское право, как и каноническое право вообще, является разновидностью религиозного, а не юридического права<sup>15</sup>. Думается, что это более взвешенный и исторически выверенный подход, основанный на сравнительном анализе религиозных систем мира.

Мусульманское право имеет в своей основе четыре «корня» или источника: Коран, Сунна, иджма и аналогия<sup>16</sup>. **Коран и Сунна** составляют идейно-религиозное основание права в виде высказываний по различным вопросам общественной и личной жизни пророка Мухаммеда и преданий о нем, записанных его сподвижниками. Принято считать, что это выраженный в религиозной форме сплав моральных и правовых норм божественного происхождения. **Иджма** в мусульманском понимании имеет

более «земное» происхождение и представляет собой достигнутое учеными юристами единогласное мнение по вопросам правового регулирования обязанностей верующих. Как отмечает Р. Давид, «ученые — наследники пророков; единогласное мнение докторов права, знатоков ислама, объединяющих традицию, обычай и практику, чтобы установить таким путем норму, принцип или институт права, получает значение и силу юридической истины»<sup>17</sup>. Иджма, следовательно, выглядит как истолкование мусульманскими научными школами направлений божественной воли, выраженной в священных книгах. Таким образом, в исламе существуют различные школы, толки, комментарии, фетвы, выражающие отдельные религиозно-правовые оттенки мусульманского учения о праве (суннитские, шиитские и т. д.). **Суждение по аналогии** дополняет иджму и представляет собой принятый в мусульманском праве принцип толкования и применения правовых норм по сходным юридическим делам. Это применение к новым сходным случаям правил, установленных Кораном, Сунной или иджмой<sup>18</sup>.

Согласно исламской доктрине право создано Аллахом раз и навсегда, и задачей законодательных и судебных органов является надлежащее истолкование божественной воли. При этом сама правовая система не имеет деления на публичное и частное право; отсутствует концепция субъективных прав, ибо верующие по отношению к богу наделены лишь обязанностями и должны подчиняться шариату — своду правил поведения мусульман на основе Корана. В современных арабских государствах мусульманское начало в правовых системах присутствует не в равной мере. Часто наблюдается причудливое, исторически обусловленное переплетение старинных обычаев, остатков колониальных правовых систем и норм и принципов шариата. Тем не менее религиозный характер мусульманского права — живая и объективная реальность, которая имеет тенденцию возрождения и в бывших советских среднеазиатских республиках. Рудименты нормативного регулирования эпохи феодализма находят при соответствующей поддержке почву в XXI веке.

**Международные договоры** традиционно выделяются и рассматриваются в качестве особого источника права, санкционированного государством. Однако, на наш взгляд, международный договор является лишь разновидностью договора с нормативным содержанием, действующим на международной арене. И в

этом смысле точнее будет говорить об общепризнанных принципах и нормах международного права и международных договорах как о комплексном источнике права, санкционированном Российским государством (п. 4 ст. 15 Конституции РФ).

Общепризнанные нормы и принципы международного права следует понимать как разновидность общих принципов права, имеющих международно-правовую природу и выражающихся в форме обычаев и договоров<sup>19</sup>. Подобные принципы и нормы содержатся в Уставе ООН, актах о правах человека и гражданина в документах других международных организаций (МОТ, ОБСЕ) и служат нормативной основой для национальных правовых систем современного мира. Но наиболее конкретное свое выражение они получают в международных договорах о сотрудничестве, заключаемых главами государств и правительств по вопросам экономической, культурной, правовой и др. жизни. В общей теории права принято считать, что международный договор считается источником внутригосударственного права, если Российское государство было участником данного соглашения либо присоединилось к нему, подписав соответствующий протокол, и если он ратифицирован высшим органом государства. Поэтому вопросы ратификации международных договоров рассматриваются на заседаниях Государственной Думы и Совета Федерации (ст. 106 Конституции РФ). В целом же значение общепринятых норм, принципов международного права и международных договоров состоит в том, что они являются своеобразными эталонами свободы и разума в общении между людьми, на которые должно ориентироваться внутригосударственные источники права.

Таким образом, система источников права, санкционированных государством, достаточно сложна и неоднородна. Практическое значение отдельных из них в качестве форм выражения и закрепления правовых норм может существенно меняться в истории государственно-правового развития. Так, например, замечена тенденция падения роли и авторитета в большинстве стран мира религиозных норм и одновременно усиление правотворческого значения судебной (юридической) практики. Не исключено, что на путях дальнейшего развития российской правовой системы могут появиться новые источники права, санкционированного происхождения в виде актов правовой интеракции (общения) между индивидами и коллективами, права общественных союзов (корпораций) и т. д.

## Примечания

- <sup>1</sup> Словарь иностранных слов / Под ред. Ф.А. Петрова. М., 1964. С. 575.
- <sup>2</sup> Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 10.
- <sup>3</sup> Баранов В.М. Формы (источники) права // Общая теория права. Н. Новгород, 1993. С. 251.
- <sup>4</sup> Малова О.В. Указ. соч. С. 14.
- <sup>5</sup> Нечитайло М.А. Нормативный договор как источник права: Автореф. дис. канд. ... юрид. наук. М., 2002. С. 5; Ярмукаматов Р.З. Договор как источник публичного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2002. С. 7.
- <sup>6</sup> Ярмукаматов Р.З. Указ. соч. С. 25.
- <sup>7</sup> Марченко М.Н. Понятие и основные признаки права // Общая теория государства и права: В 3 т. / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2001. Т. 2. С. 2.
- <sup>8</sup> Краснокутский В.А. Источники римского частного права // Римское частное право. М., 1948. С. 37.
- <sup>9</sup> Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: МГУ, 1994. С. 125, 127.
- <sup>10</sup> Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980. С. 96—97.
- <sup>11</sup> Уолкер Р. Указ. соч. С. 195.
- <sup>12</sup> Синюков В.Н. Российская правовая система. Саратов, 1994. С. 214—215.
- <sup>13</sup> Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М.: МГУ, 1994. С. 195.
- <sup>14</sup> Кошева С.В. Мусульманское право о природе власти: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2001. С. 13.
- <sup>15</sup> Гилязутдинова Р.Х. Природа мусульманского права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2001. С. 9.
- <sup>16</sup> Саидов А.Х. Правовые системы современности // Общая теория права / Под ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 74.
- <sup>17</sup> Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1967. С. 389.
- <sup>18</sup> Саидов А.Х. Указ. соч. С. 74.
- <sup>19</sup> Идрисов Т.И. Теоретические проблемы воздействия международного права на российскую правовую систему: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001. С. 6.

## **§ 6. ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА**

Процессы расширения и углубления правовой реформы в современном российском обществе вызвали к жизни новые явления юридической практики, теоретическое осмысливание которых наталкивается на некоторые, не до конца решенные научкой вопросы. К их числу относится и проблема понятия структуры и содержания юридической практики. Обновление действующего законодательства, формирование новых правотворческих и правоприменительных производств и, как следствие этого, издание новых правовых актов способствовали усложнению явлений мира юридической практики, ее отдельных видов и форм выражения в общественной жизни. Между тем научное познание юридической практики, несмотря на ряд теоретических дискуссий, продолжает концентрировать внимание либо на ее общем понятии, либо на значении в качестве особого источника права. Безусловно, что это весьма важные вопросы, но их решение без понимания самого процесса формирования и структуры юридической практики вряд ли может быть достаточно успешным и аргументированным, поэтому, на наш взгляд, назрела необходимость рассмотрения внутренней логики становления структурных элементов юридической практики и их иерархической взаимосвязи в виде последовательной цепочки спонтанно формируемых продуктов правоприменительного творчества. При этом следует сразу оговорить, что под юридической практикой в данном случае понимается преимущественно правоприменительная и праворазъяснительная практика, ибо правотворческая деятельность изначально призвана создавать источники права и ее структурные элементы имеют заранее заданную юридическую природу.

Правоприменение выступает всеобщей и универсальной формой, в рамках которой складывается и развивается судебная и административная юридическая практика. Его можно рассматривать и в качестве особого организационно-правового способа реализации правовых норм. Объединяя и фокусируя в себе все невластные формы правореализации (соблюдение, исполнение, использование), оно, будучи разновидностью управленческой работы специальных субъектов, способствует формированию основных форм и направлений юридической практики. При этом



ее формирование можно рассматривать как своеобразный «побочный продукт» властной деятельности должностных лиц, формируемый параллельно с основной работой в виде рассмотрения и разрешения юридических дел в порядке юрисдикционного, исполнительно-разрешительного и поощрительного правоприменения<sup>1</sup>. Однако этот «побочный продукт» по своей социальной и юридической значимости порою превосходит эффект индивидуального эпизодического правоприменения, существенно влияя на его результаты. Здесь необходимо уточнить высказанную еще С.Н. Братусем и А.Б. Венгеровым мысль о том, что к собственно понятию юридической или судебной практики нельзя относить «любое решение народного суда, определение кассационной либо надзорной судебной инстанции или даже сумму решений по конкретной группе дел»<sup>2</sup>. Очевидно, что это положение распространяется не только на судебные, но и на все иные правоприменительные органы, за исключением актов правотворческого толкования, издаваемых высшими судебными инстанциями в порядке конституционного контроля. В последнем случае, например, постановления Конституционного Суда РФ о признании неконституционности какой-либо правовой нормы или акта, несмотря на конкретный характер, существенно влияют на правоприменительную практику, внося в нее преобразовательные (правотворческие) элементы.

По-видимому в структуре юридической практики следует выделять несколько пластов ее содержания: повседневную текущую практику издания индивидуальных правовых предписаний по конкретным юридическим делам; объективированный опыт интерпретационной и правоконкретизирующей деятельности в виде прецедентов и правоположений; организационно-методические правила и рекомендации руководящего характера<sup>3</sup>, а также практику органов судебного контроля или так называемую практику правотворческого толкования. Аналогично С.С. Алексеев выделяет три основные формы юридической практики: текущую, прецедентную и руководящую<sup>4</sup>.

**Первый пласт** юридической практики в виде реальной повседневной деятельности по рассмотрению и разрешению юридических дел составляет практику первого порядка. Это своеобразный строительный материал, «кирпичики» или «первичные клеточки», из которых складываются основные направления

формируемой правоприменительной практики. Здесь лишь намечаются некоторые тенденции правоприменения. Будучи конкретным выражением опыта и правовой культуры служебной деятельности должностных лиц, вся совокупность рассматриваемых юридических дел не только создает основу, почву будущих противоположений и тенденций правоприменения, но и сама является отражением обратного влияния объективно сложившейся практики правоприменения. Это позволяет заметить, что в индивидуальном опыте правоприменения по конкретным делам всегда присутствует в скрытом виде практика более высокого порядка как результат коллективного правоприменительного творчества, как реализация нормативного требования единообразного рассмотрения и разрешения юридических дел. Действительно, каждый правоприменитель в своей деятельности не может не ориентироваться на имеющиеся прецеденты толкования и применения правовых норм, сложившиеся противоположения, деловые обыкновения, а также методические рекомендации и разъяснения руководящего характера. Этими явлениями прецедентной и руководящей практики определяется официальная оценка качества его работы. Отсюда вытекает необходимость включения всего многообразия индивидуальных правовых предписаний в общее понятие юридической практики и рассмотрения последней в единстве всех своих составных частей.

**Второй пласт** юридической практики выглядит наиболее сложным и многоструктурным явлением правоприменительного опыта. Именно по поводу его содержания в науке не утихают довольно жаркие дискуссии. В числе основных элементов содержания «второго этажа» правоприменительной практики обычно называют: прецеденты толкования <sup>5</sup>, прецеденты применения права <sup>6</sup>, деловые обыкновения <sup>7</sup>, конкретизирующие суждения и подзаконные нормы <sup>8</sup>, руководящие разъяснения <sup>9</sup> и т. д. При этом различные авторы порою вкладывают в данные понятия свой специфический смысл, что вносит известные трудности в становление общей концепции правоприменительной практики. К тому же, на наш взгляд, основной недостаток исследования структурных элементов юридической практики состоит в недостаточном внимании к вопросу о последовательности их формирования и внутренних связях их между собою. Признавая множество нормативных явлений, порождаемых правоприменительным твор-

чеством и выполняющих функции юридической практики, исследователи, к сожалению, не ставят вопросы о том, что из чего вытекает и каковы генетические, координационные и субординационные отношения между ними складываются. А это обезличивает структуру юридической практики и препятствует познанию регулятивных возможностей каждого из ее элементов.

Поэтому в порядке постановки вопроса нами предлагается следующая цепочка последовательного формирования правоприменительной практики: **прецедент толкования** → **прецедент применения** → **правоположение** → **деловое обыкновение**. Думается, что именно в этой последовательности происходит нарастание регулятивного потенциала, т. е. практической значимости основных элементов юридической практики. Данная цепочка выражает связи происхождения и субординации, в которых находятся между собой все элементы. От прецедента толкования к формированию организационно оформленного авторитетного делового обыкновения идет процесс складывания юридической практики. В нем, в этом процессе, постепенно формируются и осознаются всеми участниками правоприменительной деятельности такие свойства юридической практики, как целесообразность, полезность, авторитетность, подзаконность, гибкость, единообразие, общеизвестность и т. д. Они в полном объеме еще не присутствуют на начальном этапе складывающейся юридической практики, но накапливаются по мере перехода от прецедентности к правоположению и, наконец, воплощаются в деловом обыкновении как организационно оформленном и общепризнанном правиле поведения должностных лиц в типичной ситуации. Рассмотрим основные черты элементов юридической практики.

**Прецедент толкования** как особое понятие правовой науки сформулирован и обоснован в работах С.И. Вильнянского, В.И. Каминской, А.А. Пионтковского, А.Б. Венгерова и других ученых<sup>10</sup>. В самом общем виде под прецедентом толкования права понимается акт официального казуального толкования, вынесенный высшим правоприменительным органом по конкретному делу, который в силу его общеизвестности и авторитетности становится образцом необходимого понимания смысла правовых норм. Здесь нет еще «обязательности применения» права по аналогичным делам, но она уже подразумевается. А.Б. Венгеров и С.Н. Братусь обращали внимание на необ-

ходимость разграничения понятий «прецедент толкования» и «судебный прецедент»<sup>11</sup>, подчеркивая, что если судебный прецедент ведет к созданию судами новой нормы права, то прецедент толкования связан с разъяснением уже существующей нормы права, с выработкой определенного «устоявшегося» положения о применении нормы права по аналогичным делам. Разумеется, что необходимо помнить о времени, в которое были сказаны эти слова, ибо официальная советская идеология напрочь отрицала возможность использования теории и опыта буржуазного судебного прецедента. Однако и в настоящее время имеются противники признания роли судебного, и вообще правоприменительного, прецедента в российской правовой системе<sup>12</sup> на том основании, что это противоречит принципу разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. Между тем прецеденты толкования, перерастающие со временем в прецеденты правоприменения, составляют весьма устойчивую объективную реальность правоприменительной практики.

Прецедент толкования есть результат правоприменительно-го творчества, возникающий в силу органического единства познания и деятельности в процессе правоприменения. Он выражает определенную, достигнутую в процессе толкования применяемых правовых норм степень познания смысла права и обстоятельств юридического дела в конкретном акте правоприменительной квалификации. Это официальная оценка юридической значимости жизненных обстоятельств, лежащих в основе дела, и вместе с тем принципиальное истолкование смысла правовых норм. Свою значимость он приобретает потому, что формулируется высшестоящими авторитетными правоприменительными инстанциями по делу высокой профессиональной сложности, содержит в себе ответ на вопрос, возникший в практике правоприменительной квалификации, и является актом официального толкования. Это концентрированное выражение мудрости и опыта познания и применения права. Как правило, прецеденты толкования формулируются Верховным Судом РФ, Высшим Арбитражным Судом РФ, но могут обнаруживаться и в деятельности высших судебных органов субъектов РФ. Так, например, Президиум Верховного Суда РФ по делу, прошедшему ряд судебных инстанций, сформулировал: «Действующее законодательство не предусматривает возможность компенсации морального

вреда, причиненного хищением имущества»<sup>13</sup>. А Судебная коллегия Верховного Суда РФ указала, что исправление судом первой инстанции ошибки в резолютивной части приговора, в котором не указана часть статьи УК РФ, по которой субъект признан виновным, в порядке исправления технической ошибки, является существенным нарушением процессуального закона и влечет отмену приговора<sup>14</sup>. В обоих случаях можно констатировать создание образцов понимания и применения правовых норм, созданных толкованием действующего законодательства. Конкретным содержанием прецедента толкования является акт казуального толкования, сформулированный путем конкретизации гипотезы, диспозиции или санкции правовой нормы. В результате этого достигается максимальная точность смысла государственной воли, выраженной в применяемой правовой норме путем «привязки» ее элементов к конкретным обстоятельствам дела. Если законодатель, устанавливая правовую норму, имел в виду регулирование общественных отношений определенного **рода**, то правоприменитель, конкретизируя ее применительно к обстоятельствам юридического дела с помощью специальных способов толкования, нацеливает ее на регулирование более узкого **вида** отношений. Новая норма здесь не создается, но имеющаяся норма приобретает дополнительные смысловые оттенки, полученные ее приурочиванием к конкретным жизненным обстоятельствам. В итоге истолкованная таким образом правовая норма «обрастает» организационно-вспомогательными правилами понимания и применения, конкретизирующими ее смысл и нацеливающими на регулирование общественных отношений определенного вида. Именно эти организационно-вспомогательные правила понимания и применения толкуемой нормы и вносят новизну и ясность в ее смысл, сообщают ей актуализированное значение при регулировании других аналогичных жизненных обстоятельств. Прецедент толкования, таким образом, имеет внутреннюю тенденцию трансформироваться в прецедент применения права.

В юридической науке под прецедентом принято понимать решение органа государственной власти, принимаемое за образец при последующем рассмотрении аналогичных дел<sup>15</sup>. С точки зрения филологии, прецедент есть случай, служащий примером, оправданием для последующих случаев этого же рода<sup>16</sup>. Правовой, или юридический, прецедент — родовое понятие, ибо пред-

ставляется возможным выделять судебные, административные и иные прецеденты в юридической деятельности. Комплексным понятием юридического прецедента выступает прецедент правоприменительный, как решение дела правоприменительным органом, служащее образцом, нормативным примером для рассмотрения и разрешения всех последующих аналогичных дел. Отечественная юридическая наука, обобщая опыт и теорию использования прецедента в англо-саксонской правовой системе, все в большей мере и настойчивее утверждает, что прецедент правоприменения, особенно судебный, в настоящее время является одним из нетрадиционных источников российского права. Именно он рассматривается как важнейший элемент судебной практики<sup>17</sup>. Специалисты, исследующие эту проблему, отмечают такие черты судебного прецедента, как: а) создание прецедентов высшими судебными инстанциями; б) наличие определенной юридической процедуры использования прецедента; в) обязательность его применения; г) обязательность опубликования; д) прецедент толкования рассматривается как особая разновидность прецедента; е) содержание прецедента относится к вопросам права, а не факта и т. д.<sup>18</sup> В данном перечне основных признаков судебного (правоприменительного) прецедента следует особо обратить внимание на выделяемую Н.А. Подольской особенность, согласно которой прецедент толкования представляет собою особую разновидность прецедента. Это, на наш взгляд, высвечивает специфику прецедента в российской правовой системе. Если в странах англо-саксонской системы правоприменительная практика исторически формировалась в условиях исключительно важной роли судов, особенно верховных, которые руководствовались формулой: «уста судьи — уста закона», то Россия всегда тяготела к романо-германской модели источников права, и судебные органы здесь могли проявлять свою самостоятельность и творчество, в основном посредством использования разнообразных способов и видов толкования законодательства. И следовательно, прецедент толкования выступал объективно необходимой формой правоприменительного творчества, обеспечивающей праворазъяснительную конкретизацию и «корректировку» закона, а также установление режима единообразного понимания применения правовых норм. Система правовых прецедентов толкования, опубликованных в Бюллетенях Верховного

Суда СССР и РСФСР в 50—70-х гг. XX столетия по вопросам конкретизации ущерба от хищения собственности, ущерба, связанного с причинением вреда гражданам, при спасении государственной собственности, об установлении отцовства и т. д., обобщалась в руководящих постановлениях Пленума Верховного Суда СССР и являлась средством организационно-методического руководства судебными, да и вообще, правоприменительными органами<sup>19</sup>. На основе наиболее значимых прецедентов толкования вносились изменения, дополнения в действующее законодательство. Но настоящей «тайной» прецедента толкования являлось то, что фактически он выступал прецедентом применения права, ибо обладал свойством государственной обязательности, вытекающей из обязательности актов официального толкования, хотя процедурно и не был оформлен в качестве источника права.

В современной правоприменительной практике России (административной, судебной, прокурорской, арбитражной и т. д.) имеется множество прецедентов толкования и применения правовых норм, выполняющих функции казуальных источников права, т. е. рассчитанных на урегулирование типичных казусов, не получивших в полной мере однозначное законодательное урегулирование. Так, С.А. Иванов называет ряд решений Верховного Суда РФ по конкретным делам в сфере трудового права, имеющим правотворческое значение: о компенсации работникам морального вреда<sup>20</sup>; об уточнении сферы действия КЗоТ<sup>21</sup>; об увольнении работника, не являющегося членом профсоюза<sup>22</sup> и т. д. Н.В. Михалева приводит убедительные примеры существования прецедентов в жилищном праве<sup>23</sup>, а Т.Н. Нешатаева видит прецеденты в арбитражном праве<sup>24</sup>. А.В. Наумов настойчиво обращает внимание на целую серию прецедентов толкования в уголовном праве<sup>25</sup>. И подобные мнения ученых достаточно многочисленны. При этом наблюдается тенденция взвешенного, осторожного отношения к субъектам правоприменения, в деятельности которых возможно создание прецедентов и к правовым последствиям их использования. Так, Б.Н. Топорнин и Ю.А. Тихомиров отмечают необходимость длительного исторического периода для формирования в России прецедентного права<sup>26</sup>, а С.А. Иванов, показавший значительную роль прецедентов в трудовом праве, тем не менее отмечает, что признание судебных постановлений в качестве источника российского права вряд ли стоит рассматри-

вать как появление прецедента. «Условно можно, видимо, говорить о квазипрецеденте... либо о своего рода судебном прецеденте»<sup>27</sup>. Очевидно, за подобной осторожностью стоит стремление видеть в российском прецеденте все основные черты его английского «собрата». Между тем формирование правовых прецедентов исторически происходит под влиянием всей совокупности политических и правовых условий общественного развития: особенности механизма государства, принципы его формирования и деятельности, правовая культура и т. д. Поэтому имеются все основания утверждать, что российское прецедентное право не может, да и не должно как капля воды повторять все черты судебной практики англо-саксонской системы. Научное обсуждение этой проблемы свидетельствует о том, что прецеденты толкования, а затем и прецеденты применения права имеют за собой достаточно длительную спонтанно формируемую историю. Особенность отечественного правоприменительного (судебного) прецедента состоит, преимущественно, в отсутствии формализованной процедуры его закрепления и действия. Он не формально, а фактически выполняет роль вспомогательного источника права. Очевидно, за этим стоит закономерная специфика формирования источников права в континентальной правовой системе. Не посягая на юридическую силу нормативного акта, прецедент его дополняет, конкретизирует и обслуживает в процессах правореализации. Он сообщает ему недостающую гибкость и социальную чувствительность, продляя тем самым срок действия и стабильность, что является характерной чертой континентального права.

Авторитет прецедента в странах англо-саксонской правовой системы в значительной мере подкрепляется официальной и обязательной публикацией наиболее важных решений высших судебных органов в специальных изданиях. К сожалению, эта процедура в Российской Федерации не упорядочена в полной мере. Такую функцию выполняют «Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации», «Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» и частично журнал «Российская юстиция» и ряд других изданий. Однако отсутствует четкий и формальный критерий, позволяющий отбирать состоявшиеся решения для опубликования. Думается, что этот вопрос должен решаться научно-консультационными советами высших судебных органов на



основании рекомендаций соответствующих судебных коллегий. Саму же процедуру отбора и опубликования прецедентов в специальных вестниках целесообразно закрепить в новом законе о Верховном Суде РФ и законах о Высшем Арбитражном Суде РФ, Прокуратуре РФ.

Другой особенностью правоприменительного прецедента выступает юридическая природа правила, сформулированного в его содержании. Российские судьи и иные должностные лица, рассматривая и разрешая юридические дела, изначально не имеют в виду создание нового, тем более нормативного правила. Они озабочены проблемой конкретного правоприменения. Прецедент применения возникает как своеобразный «побочный продукт» правоприменительной деятельности, получивший свою жизнь в результате творческого оригинального истолкования применяемой нормы права и периодически возникающих типичных жизненных обстоятельств по делам принципиальной важности и сложности в практической работе преимущественно вышестоящих правоприменительных органов. Это логическое и прагматическое обоснование и продолжение прецедента толкования, основанное на идеи неразрывного единства познавательной и практической деятельности. Прецедент применения вырастает из прецедента толкования, подтверждая его практическую значимость для аналогичных юридических дел. Реальным же содержанием прецедента применения права выступает выработанное в процессе конкретного правоприменения истолкование нормы права, получившее значение **правоположения**.

Правоположение как особое явление юридической практики издавна вызывает научный интерес у исследователей и получило значительное освещение в литературе. Специалисты этой проблемы (С.С. Алексеев, В.В. Лазарев, В.К. Бабаев, В.Н. Карташов и др.) отмечают, что правоположения характеризуются тем, что: а) создаются в процессе правоприменительной деятельности; б) их предписания учитываются судом и другими участниками правоприменительного процесса; в) защищаются юридическими средствами; г) имеют подзаконный, поднормативный характер<sup>28</sup>; д) используются для устранения пробелов в праве<sup>29</sup>; е) выглядят в виде своеобразных «сгустков правосознания», «образов» правовых норм<sup>30</sup>. Заметной является тенденция отграничивать, отличать правоположения от правовых норм, в связи

с которыми они возникают. Так В.К. Бабаев подчеркивает, что правоположения не имеют самостоятельного характера и зависят от правовых норм, имеют временный характер и выражают типичность разрешения дела<sup>31</sup>. Подчеркивание статуса производного и зависимого от разясняемой и конкретизируемой правоположением нормы права, вполне справедливо, ибо суды не занимаются правотворчеством специально и по роду своей деятельности. В этом смысле заголовок научной статьи В.С. Нерсесянца «У российских судов нет правотворческих полномочий» является верным<sup>32</sup>. Но трудно с ним согласиться, когда он другую статью называет: «Суды не законодательствуют и не управляют, а применяют право»<sup>33</sup>. Отрицание организационно-методического руководства и элементов управления Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ нижестоящими звеньями судебной системы явно неправомерно. В науке социального управления уже давно подчеркивается, что акты судебного правоприменения являются особой разновидностью управленческих решений в сфере правосудия. Полномочия вышестоящих правоприменительных инстанций проверять правовые акты нижестоящих органов на предмет их законности, обоснованности и справедливости есть реализация управленческой власти, хотя она может исполняться судебными органами и в порядке осуществления правосудия. Таким образом, можно сделать вывод о том, что сам принцип разделения властей срабатывает на уровне стратегической идеи, но в реальном функционировании механизма государства наблюдается взаимодействие и взаимопроникновение правотворческой, исполнительной и судебной деятельности. В этом, очевидно, и состоит одно из проявлений механизма сдержек и противовесов, обеспечивающего существование трех основных властей.

Правоположения представляют собой устоявшиеся типовые решения по применению юридических норм, которые в реальности приобретают черты общих правил<sup>34</sup>. Создаваемые в процессах индивидуального регулирования конкретных общественных отношений они в силу типичности правоприменительной ситуации, значимости сформулированных в процессе толкования и применения организационных правил для последующей юридической практики и авторитета правоприменительного органа приобретают значение прецедента. Именно эта прецедентная значимость сообщает правоположениям «вторую жизнь», выходя-

щую за рамки состоявшегося правоприменения. Прецедентность правоположений основывается на преюдициальности состоявшихся правоприменительных решений. Преюдиция есть прием юридической техники, представляющий собой правило доказывания того, что вступившее в законную силу правоприменительное решение уполномоченного органа, принятое в установленном законом процессуальном порядке, о наличии или отсутствии юридического факта обязательно для всех правоприменительных органов, разрешающих юридическое дело, связанное с ранее разрешенным по поводу этого факта<sup>35</sup>. В ее основе доказательственная значимость ранее сделанного вывода по юридическому делу. И хотя преюдиция связывается с воспроизведением юридической оценки фактических обстоятельств рассмотренного дела, процесс доказательства всегда предполагает правовую квалификацию, а следовательно, содержит в себе юридическую аргументацию правоприменительного решения. Таким образом, правоположение возникает в результате использования таких средств юридической техники, которые сообщают ему черты преюдициальности, т. е. формализованной оценки составляющейся правоприменительной квалификации для последующих аналогичных дел. Юридическая техника в правоприменении — это преимущественно языковые средства и способы познания, объяснения и аргументации юридической оценки, позиции должностных лиц по рассматриваемому делу. Их набор и использование определяются качественным состоянием реализуемых норм права, своеобразием правоприменительной ситуации и уровнем профессионализма должностных лиц. Но в целом, правоположение как результат правоприменительной техники может возникать при:

- а) истолковании смысла и связей применяемой нормы в общей системе законодательства;
- б) конкретизированном разъяснении гипотезы, диспозиции или санкции нормы;
- в) конкретизации оценочных понятий языка права;
- г) устранении коллизий между правовыми нормами;
- д) преодолении пробелов в правовом регулировании путем использования аналогии закона или права;
- е) правоприменительном акцентировании на сложившиеся правовые позиции органов или имеющиеся деловые обыкновения.

Таковы наиболее типичные условия, при которых техника правоприменения способствует возникновению правоположений. Классическим примером возникновения прецедента и кристаллизации в нем устойчивого правоположения является описанная в литературе практика определения судами момента окончания хищения. Еще в 1972 г. по конкретному делу Президиум Ленинградского городского суда сформулировал, что хищение считается оконченным в случаях, когда лицо не только завладело чужим имуществом, но и приобрело возможность использовать его по своему усмотрению<sup>36</sup>. Данное правоположение было использовано в п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 11 июля 1972 г. «О судебной практике по делам о хищении государственного и общественного имущества», оказало существенное влияние на практику квалификации преступлений, и вошло составной частью в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое»<sup>37</sup>. Тем самым подтверждена длительность действия правоположения, применение которого на практике приняло форму правоприменительного обыкновения квалификации уголовных дел.

В юридической науке справедливо, но излишне категорично подчеркивается, что правоположения возникают в деятельности только высших правоприменительных инстанций, организационно-правовое положение которых и юридический профессионализм должностных лиц в них работающих позволяют исходить из требования единообразного и законного понимания и применения права создавать, формулировать типичные, общезначимые образцы правоприменительных решений или давать руководящие разъяснения. В числе таких органов обычно называется Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ, их пленумы и коллегии, что же касается высших судебных органов субъектов РФ, а также следственных управлений МВД и Прокуратуры РФ по вопросам правовой квалификации уголовных дел, а для прокуратуры и гражданских дел, то формирование в их деятельности правоположений, т. е. прецедентного права, чаще всего отрицается. Между тем обзоры юридической практики, методические письма и совещания работников на уровне областных и республиканских судов, прокурорских работников, следователей со всей очевидностью свидетельствуют о существовании чрезвы-

чайно гибкого, подвижного и авторитетного пласта юридической практики, обеспечивающего единообразие правоприменительной деятельности. Это своеобразное право «служебного пользования», аккумулирующее в себе опыт и тенденции регионального правоприменения по типичным делам. Следовательно, составляя обвинительное заключение по уголовному делу, прокурор, утверждая его, судья, рассматривая материалы дела по первой инстанции, а особенно в кассационной или надзорной инстанции, адвокат, давая юридическую консультацию или представляя в суде интересы клиента, не могут не ориентироваться на правоприменительные стандарты по аналогичным делам, вступившим в законную силу и тем более прошедшим контрольную проверку в федеральных органах правоприменения. Таким образом, региональное прецедентное право в их деятельности, наряду с научными комментариями, руководящими постановлениями Пленума Верховного Суда, ведомственными приказами — важнейшее средство обеспечения стабильности и качества результатов собственной деятельности. Следует признать, что это еще не окончательно сложившаяся практика, и в ней могут быть ошибки и негативные прецеденты. Об этом свидетельствуют периодически возникающие по вопросам правовой квалификации споры между районными, а также областными судьями, прокурорами и адвокатами. Поэтому региональные правоприменители всегда стремятся заручиться поддержкой своих правовых позиций со стороны федеральных органов правоприменения, тем более получить официальное утверждение в кассационном или надзорном порядке рассмотренного дела.

Здесь уместен вопрос о том, могут ли правоположения создаваться на уровне первичного звена правоприменительных органов: районных судов, следственных подразделений и т. д.? Анализ первичной юридической практики позволяет, на наш взгляд, на данный вопрос ответить положительно, но с некоторыми оговорками. Правовая квалификация в деятельности районных и городских судов по конкретным сложным и принципиальным делам порою приобретает актуальное значение в виду неясности и противоречивости законодательства, его пробельности, отсутствия правовой позиции федеральных органов и т. д. Поэтому «удачно» вынесенное и аргументированное решение по сложному делу может преобретать «правоприменительный резонанс»,

региональную известность и обсуждаться юридической общественностью. Но подобные решения нуждаются в проверке и поддержке вышестоящих органов правоприменения, от мнения которых они получают гарантии истинности и законности. Отсюда легитимизация правоположения, сформулированного первой правоприменительной инстанцией, в сфере профессионального сознания юристов становится признанной и очевидной только после его проверки и утверждения вышестоящим органом. А сама «живучесть», практическая значимость правоположения определяются степенью его легитимности, т. е. нравственной, организационной и юридической поддержкой большинства сообщества юристов-профессионалов. Разумеется, что статус правоположения определяется не большинством за него поданных голосов, а официальным одобрением высших правоприменительных органов и поддержкой содержащегося в нем требования другими инстанциями. Но во всех случаях оно должно быть легальным, т. е. подзаконным и легитимным. Итак, правоположение выступает конкретным содержанием правоприменительного прецедента и представляет собою выработанный юридической практикой типовой образец понимания и применения норм права по делам определенной категории.

Прецедент и содержащееся в нем правоположение после получения всеобщего признания и неоднократного использования в соответствии с внутренними закономерностями становления и развития юридической практики приобретает значение или фактический статус делового обыкновения, или **обыкновения правоприменительной деятельности**. Данное понятие в юриспруденции часто неверно, на наш взгляд, рассматривается как нечто «полуюридическое», вспомогательное или примитивно организирующее в деятельности государственного аппарата. Предпринимаются, в частности, небезосновательные попытки отграничить обыкновения от обычая<sup>38</sup>. Действительно, полного смыслового совпадения между данными понятиями нет. Но имеющиеся различия следует проводить не на том основании, что правовой обычай является традиционным источником права, а обыкновения якобы этой функции не выполняют. Дело, очевидно, состоит в древности и значительности полиморфности обычаев, в то время как обыкновения порождаются актуальной практикой и призваны восполнить обнаружившийся дефицит нормативного

регулируемого. Поэтому за деловым обыкновением в юридической практике стоит организационно оформленный и вошедший «в кровь и плоть» юридической деятельности должностных лиц правовой обычай. Это высшая форма бытия юридической практики, в которой слились воедино прецедент толкования, правоприменительный прецедент и правоположение. Его специфика состоит в совпадении, синтезе праксеологических и юридических особенностей служебной деятельности в сфере права. При этом соображения о хорошей, качественной, целесообразной работе в сфере юридической деятельности формируют привычный образ поведения правоприменителей в типичных жизненных обстоятельствах. Это и создает видимость, что прецедентность правила, которым руководствуется должностное лицо, как бы отходит в тень, на второй план, уступая место значимости организационного обычая, именуемого обыкновением. Не случайно в науке деловое обыкновение определяется как общий образ обычно совершаемой правомерной властной деятельности управомоченных субъектов, связанной с организацией реализации правовых норм<sup>39</sup>.

Формирование представлений о понятии обыкновений правоприменительной деятельности происходило путем обобщения и экстраполяции знаний и практики использования деловых обычаев в сферах управления, торговли, имущественных и бытовых отношений. Деловые обыкновения А.Ф. Шебанов определял, как правила поведения лиц в отдельных областях общественной жизни, а именно в торговых, имущественных, управленческих отношениях. «Это порядок действий, поступков участников указанных отношений, принятый в данных отношениях и соблюдаемый в силу сложившейся практики, взаимной заинтересованности»<sup>40</sup>. Деловые обыкновения в сфере действия права приобретают черты нетрадиционного источника права и занимают особую нишу в системе юридических средств регулирования общественных отношений. Правоприменительная деятельность — достаточно широкое поле возникновения и развития обыкновений. Она сама основывается на многих деловых обыкновениях и творит, создает их. Будучи разновидностью юридического процесса, правоприменение концентрирует в себе организационно управленческий или процессуальный характер деятельности по применению норм материального права, и это создает условия к возникновению различного вида деловых обыкновений. Таким

образом, в каждом суде, прокуратуре, райотделе милиции и т. д. складываются и действуют своеобразные обыкновения по выполнению определенных правоприменительных действий. Таковыми могут быть: порядок вызова свидетелей, извещение заинтересованных лиц, доставка повесток, письменное изготовление документов, объявление решения, ознакомление с делом и т. д. Это своеобразные **процедурные обыкновения**, которые не противоречат нормам права, но могут их существенно конкретизировать, исходя «из местных условий». Они выражают объективно сложившийся привычный порядок юридической деятельности и составляют процессуальный пласт внутренних правил организации правоприменительной работы. Наиболее же значимой разновидностью деловых обыкновений являются правоприменительные обыкновения, сложившиеся в результате организации процедуры реализации прецедентов и содержащихся противоположений. Их особенность состоит в неразрывном единстве организационной формы и правового содержания тех правил, которые выработаны юридической практикой по конкретным делам. Так, например, постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 21.02.2001 установлено, что «внештатный сотрудник милиции не является субъектом должностного преступления»<sup>41</sup> или в постановлении Президиума Ленинградского областного суда от 22.12.2000 сформулировано: «Следователь, расследовавший дело и допрошенный затем в суде в качестве свидетеля, не может в дальнейшем принимать участие в его расследовании»<sup>42</sup>. Очевидно, что данные противоположения, выведенные путем толкования правовых норм, имеют характер правоприменительных прецедентов и призваны организовать грамотную работу органов следствия и суда. Применение прецедентов и противоположений основывается на формуле: так принято понимать и применять всеми. И этот принятый правоприменителями порядок деятельности является следствием признания или существующего обыкновения. Другими словами, выработанное юридической практикой прецедентное правило дополняется и следование ему усиливается за счет сложившегося обыкновения. В этой **«двойственности» требования** руководствоваться созданным прецедентом и заключается смысл правоприменительного обыкновения как высшего этапа формирования казуальной юридической практики.



Таким образом, обыкновения правоприменительной практики характеризуются:

- а) общеизвестностью и принятой их правоположений как «само собою разумеющихся» стандартов правоприменительной деятельности;
- б) длительностью их существования, в силу чего они воспринимаются как своеобразные обычаи правоприменения в типичных жизненных обстоятельствах;
- в) опорой не только на юридические средства контроля и надзора за единообразием правоприменения, но и на организационно сложившиеся и методически принятые правила служебной деятельности;
- г) единством и нерасчленяемостью организационной формы и правового содержания; в силу этого в правоприменительном обыкновении наблюдается сплав и кристаллизация правоположения и прецедента в виде ясно и конкретно выраженных правовых позиций, принявших форму обычая.

Итак, казуальная юридическая практика имеет свою внутреннюю логику объективного развития: от прецедента толкования к прецеденту правоприменения, через формирование правоположения и увенчивание всего процесса деловым обыкновением. Разумеется, что абсолютно строгая и последовательная однолинейность в этом процессе наблюдается не всегда. Прецедент толкования может сразу сливаться и вызывать к жизни правоприменительный прецедент, а правоположение довольно скоро заменяться нормой позитивного права, не создавая правоприменительного обыкновения, но во взаимодействии и взаимопереходах друг в друга этих элементов прослеживаются синергетические закономерности бытия и саморегулирования юридической практики на уровне казуального правоприменения.

Следующий (третий) пласт юридической практики образуют **руководящие разъяснения, методические письма и обзоры** высших и центральных органов правоприменительной деятельности, издаваемые Верховным Судом РФ, Высшим Арбитражным Судом РФ, Следственными управлениями Генеральной Прокуратуры и МВД РФ по вопросам организационного руководства нижестоящими органами и правовой квалификации юридических дел. Наиболее рельефно вопрос о юридической природе дан-

ных правовых актов представлен в делящейся много лет дискуссии о том, являются ли руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РФ источниками права. По этому поводу существуют два традиционных подхода. Согласно первому из них руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РФ, как и акты его Президиума и коллегий, не имеют значения источников права, а выполняют функции авторитетных доктринальных рекомендаций, исходя из того судебные органы России не наделены правом творить, создавать правовые нормы<sup>43</sup>. В последние годы этот взгляд дополнительно аргументируется еще ссылками на закрепленный в ст. 10 Конституции принцип разделения властей. Второй взгляд достаточно дифференцирован и основывается на том, что руководящие постановления Пленума Верховного Суда РФ (как и Высшего Арбитражного Суда РФ) являются обязательными для всех судов и иных правоприменительных органов<sup>44</sup>, поскольку закон от 8 июля 1981 г. «О судостроительстве РСФСР» установил обязательность руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РСФСР для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение, а Конституция РФ 1993 г. сохранила в ст. 126 право Верховного Суда давать руководящие разъяснения, хотя и без подчеркивания их обязательного характера. Данное правомочие подтверждено также законом от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» для Верховного Суда РФ в п. 5 ст. 19 и Высшего Арбитражного Суда РФ в п. 5 ст. 23.

Признавая исключительно важную, а порою и правотворческую роль Пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда РФ в руководстве органами судебной системы, специалисты этой проблемы по-разному оценивают юридическую природу их разъяснений. Одни авторы видят в них подзаконные конкретизирующие нормативные акты<sup>45</sup>, другие связывают их особенности с актами официального толкования права<sup>46</sup>. Думается, что практика издания руководящих разъяснений высшими правоприменительными органами должна рассматриваться и оцениваться через призму юридических свойств актов официального толкования. И здесь не следует существенно различать и отличать понятия разъяснения и толкования права, как это предлагает С.А. Иванов. По его мнению, разъяснение — это частный случай толкования права, которое в России исторически осуществля-

лось министерствами и высшими судебными инстанциями. В то время как толкование права, более емкое и значимое, не входит в компетенцию сегодняшних судов, и в будущем его надо закрепить за Верховным Судом РФ<sup>47</sup>. Следовательно, по авторской концепции, разъяснение — это управленческая работа, а толкование есть раскрытие государственной воли, содержащейся в нормах права. Нельзя не отметить оригинальность и неожиданность подобной авторской трактовки, однако она противоречит общему учению о толковании права и видах управленческой деятельности.

В юридической науке издавна принято рассматривать толкование прав как деятельность по уяснению и разъяснению выраженной в источниках права государственной воли, в целях ее правильной и эффективной реализации<sup>48</sup>. И в этом смысле разъяснение является одним из элементов общего понятия толкования права, обеспечивающее внешнюю обозримость, языковую определенность процесса познания и интерпретацию смысла правовых норм. В руководящей и управленческой работе органов механизма государства толкование права рассматривается как особый вид юридической деятельности, называемой интерпретационной или праворазъяснительной<sup>49</sup>. Отсюда праворазъяснение по своей сути есть толкование права в деятельности органов государственной власти. Все это свидетельствует, что юридические свойства и значимость интерпретационных актов определяются не тем, как их назвать — разъяснениями или актами толкования, а компетенцией субъекта толкования, его положением в системе органов государства. Это как раз и сообщает особый авторитет и практическое значение толкованию права в работе высших судебных органов, особенно в деятельности Конституционного Суда РФ.

Поэтому руководящие постановления Пленума Верховного Суда, как и Высшего Арбитражного Суда РФ являются актами официального нормативного толкования, юридическая сила которых основывается на их легальности, т. е. государственной обязательности. Они содержат в себе обобщенный опыт правоприменительной квалификации общественных отношений в виде актуальной практики единообразного понимания и применения правовых норм, которая излагается в виде конкретизированных суждений о смысле правовых норм; расширительного или ограниченного толкования законодательства; формулирования правоположений, выработанных практикой судебной системы; на-

поминания о правовых нормах, которыми следует руководствоваться; типизации фактических обстоятельств в рассматриваемых юридических делах; логического развития условий применения гипотезы, диспозиции и санкции правовой нормы и т. д. Разработка и принятие руководящих разъяснений не преследует цель создания новых правовых норм, а сформулированные в постановлениях организационно-вспомогательные правила призваны обслуживать практическое применение уже имеющихся норм права. Отсюда они черпают свою юридическую силу из разъясняемого законодательства и прекращают свое действие путем отмены или изменения своего разъяснения Верховным Судом либо в связи с отменой разъясняемых норм. Все это свидетельствует, что руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда РФ являются дополнительным, **вспомогательным источником права**, нетрадиционным по происхождению и юридической силе. Такой вывод вытекает из юридической природы актов официального толкования.

Методические письма, информационные справки и обзоры юридической практики высших и центральных правоприменительных органов представляют собой особое и вместе с тем необходимое средство обеспечения законности и единообразия в юридической деятельности. Они занимают промежуточное положение между актами казуального толкования и руководящими разъяснениями Пленума Верховного Суда. Это научно-практические рекомендации по актуальным вопросам правоприменения, формируемые для организации единства внутриведомственного правового порядка. Они призваны информировать, пропагандировать и рекомендовать наиболее правильные и законные приемы и образцы рассмотрения и разрешения юридических дел. Их значение не следует принижать, ибо методические письма, обзоры практики, информационные справки издаются и действуют в системе не только судебных органов, но и следственных управлений Прокуратуры и МВД РФ, Министерства труда и социального развития, Министерства экономического развития и торговли, Центральном банке, Министерства по налогам и сборам и т. д. Это огромный массив так называемого «служебного права», которым руководствуются должностные лица и который затрагивает существенные права и свободы граждан. Сложность определения юридической природы подобных актов состо-

ит в том, что наряду с информацией о праве и наиболее правильных методах правовой деятельности, в них часто содержатся правоположения и деловые обыкновения, ведомственные приказы и рекомендации, имеющие межотраслевой характер. Поэтому признавать их вспомогательными источниками права можно лишь в той мере, в какой они не противоречат действующему законодательству и руководящим разъяснениям Пленума Верховного Суда РФ.

За последние годы в правоприменительной практике России появилось и играет исключительную роль особое явление синтеза толкования и правоприменения, которое, на наш взгляд, можно назвать **правотворческим толкованием**. Речь идет, в первую очередь, о постановлениях Конституционного Суда РФ, в которых признаются неконституционными нормы федеральных законов, нормативных указов Президента, а также нормативных актов Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, конституций, уставов и нормативных актов субъектов РФ по вопросам компетенции РФ и совместному с РФ ведению, а также договоров между органами государственной власти РФ и органами власти субъектов РФ, договоров между органами государственной власти и не вступивших в силу международных договоров РФ. Аналогичное значение имеет также толкование Конституционного Суда в порядке п. 5 ст. 125 Конституции РФ по запросам специальных органов, закрепленных в данной статье Конституции.

Проблемность подобных решений Конституционного Суда РФ состоит в том, что, как известно, данный орган судебной системы не имеет правотворческих полномочий и его назначение состоит в осуществлении конституционного контроля. Тем не менее акты Конституционного Суда, в которых устанавливается неконституционность проверяемых правовых норм, безусловно, имеют правотворческое значение, ибо лишают юридической силы, признают юридически ничтожными нормы законов, указов, постановлений и других актов, являющихся источниками права. И не случайно бывший Председатель Конституционного Суда РФ В.А. Туманов констатирует, что данный орган судебной власти резонно называют негативным законодателем<sup>50</sup>, создающим правовые нормы для нужд развивающейся юридической практики. Большинство специалистов, рассматривающих юридическую при-

роду актов конституционного правосудия, видят их специфику в создании прецедентов, имеющих значение нового в России источника права. Опубликованные в Москве в 1997 г. и 2000 г. сборники научных докладов «Судебная практика как источник права» содержат в себе довольно интересные материалы дискуссии о роли судебной системы в формировании источников российского права. При этом большинство авторов, хотя и с некоторыми нюансами (Р.З. Лившиц, Б.Н. Топорнин, В.М. Жуйков, Т.Н. Нештаева, С.А. Иванов, Ю.А. Тихомиров и др.) приходят к выводу о прецедентном характере решений Конституционного Суда. Как отмечает Л. Лазарев, решения Конституционного Суда РФ имеют нормативно-прецедентный характер, т. е. обязательны не только для сторон по рассмотренному делу, а для всех органов публичной власти, других субъектов права, и юридическая сила их решений распространяется не только на акт, который был предметом проверки, но и на все иные, аналогичные по содержанию<sup>51</sup>. Положительно оценивает прецедентность судебных решений высших судебных инстанций М.В. Баглай<sup>52</sup>. Постановления же Конституционного Суда РФ он прямо относит к числу источников конституционного права<sup>53</sup>.

Показательным в связи с этим является Постановление Конституционного Суда РФ от 4 апреля 2002 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с запросами Государственного собрания Республики Саха (Якутия) и Государственного совета Республики Адыгея. В п. 2.1 данного постановления отмечается, что «на основе конституционных норм в целях защиты верховенства Конституции Российской Федерации и федеральных законов осуществляется также судебный контроль, возложенный на иные суды (ст. 120, 126 и 127 Конституции Российской Федерации), чьи полномочия устанавливаются федеральными законами (ст. 128 ч. 3 Конституции РФ). Соответственно Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» (п. 3 ст. 5, п. 1 и 2 ст. 6 и ст. 27) исходит из общей для всех судов, включая конституционные (уставные) суды субъектов РФ, обязанности признавать не подлежащими применению нормативные акты субъектов Российс-

кой Федерации, которые противоречат актам, имеющим большую юридическую силу»<sup>54</sup>. Тем самым Конституционный Суд подтвердил принцип всеобщности судебного контроля в РФ, а с другой стороны, констатировал прерогативу высших судебных инстанций осуществлять правотворческое толкование источников права. Выборочный анализ материалов, опубликованных в Бюллетене Верховного Суда РФ за 2001 г. свидетельствует, что Верховный Суд признал за год в 44 случаях незаконными и не подлежащими применению отдельные пункты нормативных актов или акты в целом, изданные Правительством, Министерствами, государственными комитетами и т. д. Это огромный массив негативного ведомственного нормотворчества, который дополняется аналогичным ущербным законодательством, признанным в качестве такового конституционными (уставными) судами субъектов РФ. Так, по данным В. Бобровой, за 2001 г. положения 27 законов субъектов РФ и иных нормативных актов признаны неконституционными, при этом еще в 10 случаях подтверждена неконституционность нормативных актов, аналогичных признанным ранее неконституционными<sup>55</sup>.

Итак, на наш взгляд, в системе актов официального толкования права появилась особая разновидность толкования, которую следует именовать **правотворческой**. Естественно, что с позиции традиционного понимания юридической природы официальных разъяснений, данный термин «неблагозвучен», «режет слух» и, главное, может способствовать смешиванию нормотворческих и интерпретационных функций органов государственного аппарата. Традиционный взгляд, сложившийся в российской правовой системе, исходит из того, что официальное толкование является правоприменительным, не может и не должно создавать новые правовые нормы. Его результатом является лишь формулирование особых подзаконных организационно-вспомогательных правил понимания и применения толкуемых норм<sup>56</sup> или своеобразных «норм о нормах»<sup>57</sup>. Так, официальное толкование, содержащееся, например, в руководящих разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ, остается именно толкованием правоприменительным, обслуживающим нужды юридической практики. Оно не может приостановить действие разъясняемых норм, объявить их лишенными юридической силы. Правотворческое же толкование как раз этим и отличается, ибо оно властно вторга-

ется в правотворчество и в порядке судебного контроля приостанавливает действие правовых норм по мотивам их несоответствия конституционному законодательству, объявляет их юридически ничтожными. Рассмотрим основные признаки правотворческого толкования, выводимые из его природы и соотношения с другими сходными явлениями.

1. Субъектами правотворческого толкования выступают только высшие судебные органы РФ и соответствующие судебные органы субъектов Российской Федерации. Такими наиболее типичными органами являются федеральные суды: Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ, а также конституционные (уставные) суды субъектов РФ. В частности, в п. 3 ст. 5 Федерального Конституционного Закона от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации», закреплено, что суд, установив при рассмотрении дела несоответствие акта государственного или иного органа, а равно должностного лица Конституции РФ, федеральному конституционному закону, федеральному закону, общепринятым принципам и нормам международного права, международному договору РФ, конституции (уставу) субъекта РФ, закону субъекта РФ, принимает решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими наибольшую юридическую силу<sup>58</sup>.

Наиболее ярко правотворческое толкование прослеживается в деятельности Конституционного Суда РФ, который действует в соответствии со ст. 125 Конституции РФ и ст. 3 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. «О Конституционном Суде Российской Федерации». Как отмечает член Конституционного Суда РФ Н.В. Витрук, судом был признан не соответствующим Конституции РФ ряд положений законов Российской Федерации, отдельные положения Гражданского кодекса, Жилищного кодекса, Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса, некоторые положения постановлений Правительства РФ, а также уставов и законов субъектов РФ<sup>59</sup>. Теоретически оценивая подобную практику Конституционного Суда, Н.В. Витрук отмечает, что она содействует законотворческому процессу, активно влияет на развитие текущего законодательства через правовые позиции, сформулированные в решениях данного органа конституционного контроля. Думается, что автор в данных рассуждениях вплотную



подошел к формулированию понятия правотворческого толкования.

2. Особенность правотворческого толкования состоит в том, что оно есть результат осуществления высшими судебными инстанциями функции судебного контроля. В научной литературе отмечаются следующие признаки конституционного контроля:

- а) он основывается на принципе верховенства закона, конституции и служит обеспечению их приоритета;
- б) в зависимости от используемых мер в случае обнаружения нарушения норм Основного Закона может носить как контрольный, т. е. с правом отмены не соответствующего Конституции акта, так и надзорный, т. е. консультативно-наблюдательный характер;
- в) распространяется, в первую очередь, на правотворческий процесс;
- г) обеспечивает конституционную законность;
- д) напрямую связан с толкованием правовых норм; толкование составляет содержательную сторону и может явиться своеобразной формой конституционного контроля <sup>60</sup>.

Здесь следует обратить внимание на цель и средства конституционного контроля. Основной его целью является обеспечение верховенства Конституции в системе источников права и конституционной законности как юридической базы режима законности в целом. Данная цель достигается использованием судебными органами правомочия приостанавливать действие правовых норм или актов, признанных противоречащими Конституции и другим законам. Разумеется, что это наиболее важное и эффективное средство конституционного контроля. Однако не менее важным «технологическим» средством выступает толкование права. Оно сопровождает, оформляет и аргументирует акт конституционного контроля. И это позволяет толкование выделить в качестве особого признака данного явления.

3. Правотворческое толкование есть средство и результат судебного контроля за законностью действий и нормативных актов органов исполнительной и законодательной власти. В процессе рассмотрения конкретного юридического дела судебная инстанция проводит своеобразную научную экспертизу сомнительных, с точки зрения законности, норм права, используя при этом весь арсенал специальных способов и приемов познания

смысла права и его истолкования (интерпретации). Особо значимую роль толкование права играет в обосновании сложившейся правовой позиции судебного органа. Это своеобразный сгусток юридической аргументации, призванный убедить заинтересованные стороны в законности и справедливости правовой позиции суда и объяснить юридические мотивы принятого решения по делу. Правотворческое толкование является именно толкованием потому, что судебные органы не создают правовые нормы и не отменяют их, ввиду отсутствия у них таких полномочий, а путем уяснения и разъяснения смысла права проверяют их законность. Таким образом, можно констатировать, что работа судебных инстанций в порядке конституционного контроля есть деятельность по преимуществу интерпретационная.

4. Результат правотворческого толкования выражается в признании, публичном объявлении проверяемых норм права или акта их содержащего не соответствующими Конституции или иным нормативным актам, имеющим наибольшую юридическую силу. По сути дела, это лишение юридической силы правовых норм, признанных незаконными. Своеобразие подобного акта контроля за законностью состоит в том, что он имеет правотворческое значение, хотя и сформулирован в процессе толкования права как его официальный результат. Формула Конституционного Суда РФ «признать... не соответствующим Конституции РФ» означает объявление незаконных норм не действующими и изъятие их из системы действующего законодательства.

5. Правотворческое толкование, сформулированное в виде акта конституционного контроля, обладает государственной обязательностью. Это означает, что объявление проверяемых на предмет законности правовых норм не соответствующими Конституции или иному источнику права большей юридической силы является не советом, призывом или рекомендацией, а властным велением нормативного характера, опирающимся на юридические санкции. Своеобразие данных санкций состоит в отмене компетентным органом юридического решения, принятого вопреки акту судебного контроля. Подобное решение подлежит отмене, ибо оно принято на основании правовых норм, объявленных не действующими. Безусловно, что юридический механизм обеспечения неотвратимости действия акта правотворческого толкования нуждается в совершенствовании.

Федеральным законом от 15 декабря 2001 г. внесен ряд существенных дополнений и изменений в Закон о Конституционном Суде РФ по вопросам статуса конституционных судей и, главное, конкретизации механизма реализации актов конституционного правосудия. Новая редакция ст. 80 Закона о Конституционном Суде устанавливает, что со дня опубликования его решений Президент, Правительство РФ или высшее должностное лицо субъекта Федерации не позднее двух месяцев отменяют признанный Судом неконституционный акт; законодательный (представительный) орган субъекта РФ отменяет закон, признанный неконституционным в течение 6 месяцев, а федеральные органы государственной власти и органы государственной власти субъектов РФ, заключившие договор, признанный неконституционным, прекращают его действие в срок не позднее двух месяцев. Тем самым выстраивается система юридических средств контроля за исполнением актов правотворческого толкования. Думается, что к этому процессу следует более активно привлечь органы Министерства юстиции и Прокуратуры.

6. Правотворческое толкование отличается от всех видов толкования правоприменительного своей внутренней целью и средствами ее достижения. Если правоприменительное толкование призвано обеспечить познание и объяснение смысла норм права, вложенного в них законодателем в процессе правотворчества, то правотворческое толкование этой целью не ограничивается. Познавая и интерпретируя истинный смысл проверяемых норм, оно выявляет их ущербность, несоответствие режиму конституционной законности и объявляет их юридически ничтожными. Оно изначально нацелено на проведение своеобразной ревизии в системных связях правовых норм, связях субординации, координации, происхождения и выявляет меру, объем несоответствия проверяемых норм конституционному или иному законодательству. Именно поэтому органы правотворческого толкования наделены полномочиями приостанавливать действие признанных незаконными правовых норм.

7. Правотворческое толкование оказывает прецедентное воздействие на юридическую практику. Данный признак выводит нас на проблему соотношения результатов правотворческого толкования и прецедента. Думается, что при всей внешней их схожести, по существу, они представляют собою достаточно раз-

личающиеся явления. Прецедент выглядит как сформулированный правоприменительным органом по конкретному делу образец, пример юридически правильного понимания и применения права, который в силу авторитетности данного органа и общеизвестности содержащегося в нем правоположения играет роль вспомогательного источника права. Чаще всего, это судебное решение высшего органа судебной власти по конкретному делу, вынесенное в рамках определенной юридической процедуры, содержащее правоположение, опубликованное в официальных сборниках и служащее обязательным правилом применения для аналогичных дел в будущем<sup>61</sup>. Это означает, что его целью является обеспечение единообразия в понимании и применении имеющихся норм, а не создание новых. Правотворческое же толкование властно вторгается в действующее законодательство и объявляет недействующими отдельные нормы или акты, образуя своеобразные лакуны, пробелы в системе источников права. Квалифицируя проверяемые нормы права в качестве незаконных, оно сдерживает негативные тенденции правоприменительной практики, направляет их развитие в соответствии с истинным духом и смыслом права. В этом и состоит его прецедентное воздействие на юридическую практику. Это позволяет заметить, что следует различать само понятие прецедента как особого явления правоприменительной практики и понятие прецедентного действия как своеобразного влияния, воздействия различных видов толкования права на объективно складывающиеся тенденции правовой жизни общества.

Рассмотрение основных признаков правотворческого толкования позволяет сформулировать его общее определение. **Правотворческое толкование** есть осуществляемое в порядке судебного контроля высшими судебными инстанциями официальное толкование правовых норм, в результате которого лишаются юридической силы нормы права, признанные не соответствующими конституционному, международному или текущему законодательству.

Таким образом, правоприменительная практика представляет собой достаточно сложное и полиструктурное явление, имеющее свои иерархически соотносящиеся элементы, складывающиеся и развивающиеся на основе своих внутренних закономерностей бытия. Их выявление и практическое использование возможно только при тесном союзе и содружестве правовой науки и юридической практики.

## Примечания

- <sup>1</sup> Вопленко Н.Н. Реализация права. Волгоград, 2001. С. 38.
- <sup>2</sup> Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. М., 1975. С. 8.
- <sup>3</sup> Вопленко Н.Н., Еременко Ю.П. Практика и ее отражение в учебном процессе по теории государства и права // Теоретические проблемы юридической практики. Тарту, 1990. С. 24.
- <sup>4</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 352.
- <sup>5</sup> Венгеров А.Б. О прецеденте толкования правовой нормы // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1966. С. 3—19.
- <sup>6</sup> Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 44; Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Там же. С. 93.
- <sup>7</sup> Попов В.В. Обыкновения правоприменительной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук, Волгоград, 2000.
- <sup>8</sup> Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 91.
- <sup>9</sup> Михалева Н.В. Судебная практика судов общей юрисдикции как источник права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 138—139; Иванов С.А. Еще раз по поводу судебных постановлений как источника трудового права // Там же. С. 117.
- <sup>10</sup> См.: Вильнянский С.И. К вопросу об источнике советского права // Проблемы социалистического права. М., 1939. № 4—5; Он же. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. Вып. IX. 1947; Каминская В.И. Роль Верховного Суда СССР в развитии советского социалистического права // Советское государство и право. 1948. № 6; Пионтковский А.А. Вопросы общей части уголовного права в практике судебно-прокурорских органов. М., 1954; Венгеров А.Б. О прецеденте толкования правовой нормы // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 6. М., 1966; Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. М., 1976. С. 28—42.
- <sup>11</sup> Братусь С.Н., Венгеров А.Б. Понятие, содержание и формы судебной практики // Судебная практика в советской правовой системе. М., 1975. С. 58.
- <sup>12</sup> Нерсисянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107—112; Интервью с заместителем Председателя Конституционного Суда РФ Т.Г. Морщаковой // Законодательство. 1999. № 5. С. 3.
- <sup>13</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 3. С. 15.
- <sup>14</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 6. С. 12.

<sup>15</sup> Гук П.А. Судебный прецедент как источник права: Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 17.

<sup>16</sup> Словарь русского языка / Сост. С.И. Ожегов. М., 1953. С. 534.

<sup>17</sup> См.: Судебная практика как источник права. М., 1997; Судебная практика как источник права. М., 2000.

<sup>18</sup> См.: Гук П.А. Указ. соч. С. 17—18; Подольская Н.А. К вопросу о понятии прецедента как источника права (Общетеоретический аспект) // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 151—152.

<sup>19</sup> Подробнее см.: Венгеров А.Б. О прецеденте толкования правовой нормы // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 6. М., 1966. С. 7—16.

<sup>20</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.1994 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 3. С. 10.

<sup>21</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15.01.1998 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 3. С. 3.

<sup>22</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.1992 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1993. № 3.

<sup>23</sup> Михалева Н.В. Судебная практика судов общей юрисдикции как источник права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 135—137.

<sup>24</sup> Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 92—96.

<sup>25</sup> Наумов А.В. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. № 1. С. 8—11.

<sup>26</sup> Топорнин Б.Н. Указ. соч. С. 33; Тихомиров Ю.А. Способы устранения пробелов в законодательстве // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 130.

<sup>27</sup> Иванов С.А. Еще раз по поводу судебных постановлений как источника трудового права // Там же. С. 124.

<sup>28</sup> Карташов В.Н. Правовоположения: природа, место и роль в правовосполнительном процессе // Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве. Ярославль, 1980. С. 45—47.

<sup>29</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 137—140.

<sup>30</sup> Алексеев С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М., 1971. С. 139; Реутов В.П. Юридическая практика и развитие законодательства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1968. С. 10.

<sup>31</sup> Бабаев В.К. Советское право как логическая система. М., 1978. С. 193—194.

<sup>32</sup> Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107.

<sup>33</sup> Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34.

<sup>34</sup> Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 93.

<sup>35</sup> Карданец А.В. Преюдиция в российском праве. Проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 12—13.

<sup>36</sup> Наумов А.В. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. 1994. № 1. С. 8—11.

<sup>37</sup> Российская юстиция. 2003. 18 янв. С. 1.

<sup>38</sup> Прохачев А.В. Обычай в системе форм права: вопросы теории: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2002. С. 15; Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 19. Василенко О.Н. Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 17.

<sup>39</sup> Попов В.В. Обыкновенная правоприменительной деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 12.

<sup>40</sup> Шебанов А.Ф. Значение обычаев, традиций, деловых обыкновений, судебной практики и правил общежития для советского правотворчества // Правотворчество в СССР. М., 1974. С. 133.

<sup>41</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 12. С. 11.

<sup>42</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 7. С. 21.

<sup>43</sup> Нерсесянц В.С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 107—112; Интервью с заместителем Председателя Конституционного Суда РФ Т.Г. Моршаковой // Законодательство. 1999. № 5.

<sup>44</sup> Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 82—83; Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Там же. М., 1997. С. 89.

<sup>45</sup> Алексеев С.С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 354—355; Михалева Н.В. Судебная практика судов общей юрисдикции как источник права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 138.

<sup>46</sup> Темушкин О.П. Толкование закона Пленумом Верховного Суда СССР // Советское государство и право. 1976. С. 34—40; Тарасова В.В. Акты судебного толкования норм права: понятие, юридическая природа, виды // Вопросы теории государства и права. Вып. 1 (10). Саратов, 1998. С. 116.

<sup>47</sup> Иванов С.А. Еще раз по поводу судебных постановлений как источника трудового права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 122—123.

<sup>48</sup> Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. М., 1976. С. 11; Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 1962. С. 164; Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 6.

<sup>49</sup> Карташов В.Н. Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. Саратов, 1989. С. 90; Вопленко Н.Н. Праворазъяснение в системе правовых форм государственной деятельности // Юридическая деятельность: сущность, структура, виды. Ярославль, 1989. С. 50—55.

<sup>50</sup> Туманов В.А. Предисловие // Конституционный Суд РФ: Постановления. Определения. 1992—1996. М., 1997. С. 5.

<sup>51</sup> Лазарев Л. Исполнение решений Конституционного Суда РФ // Российская юстиция. 2002 № 9. С. 18.

<sup>52</sup> См.: Баглай М.В. Вступительная статья // Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999.

<sup>53</sup> Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 1998. С. 27.

<sup>54</sup> Российская газета. 2002. 17 апр. С. 10.

<sup>55</sup> Боброва В. Деятельность конституционных (уставных) судов Российской Федерации в 2001 году // Российская юстиция. 2002. № 6. С. 68.

<sup>56</sup> Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. М., 1976. С. 34.

<sup>57</sup> Черданцев А.Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 123.

<sup>58</sup> Российская газета. 1997. 6 янв.

<sup>59</sup> Витрук Н.В. Законность: понятие, защита, и обеспечение. Конституционная законность и конституционное правосудие // Общая теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М., 2001. Т. 3. С. 180.

<sup>60</sup> Насырова Т.Я. Конституционный контроль. Казань, 1992. С. 15—16.

<sup>61</sup> Гук П.А. Судебный прецедент как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 18.

## **§ 7. СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА**

В учебной, а часто и научной литературе проблема систематизации источников права рассматривается только применительно к системе нормативных актов. Между тем в систематизации нуждаются все формы выражения и закрепления правовых норм, то есть все источники права. И в юридической практике именно подобная систематизация, особенно на уровне инкорпорации, реально и осуществляется. Систематизация действующих правовых норм не самоцель, а средство приведения их в определенный порядок, обеспечивающий удобство и эффективность их использования. Под **систематизацией** принято понимать упорядочивание источников права и содержащегося в них нормативного материала путем сбора, объединения и расположения в определенной последовательности, способствующей их правильной и эффективной реализации. Таким образом, систематизирование нормативного материала — общеюридическая проблема и «сквоз-



ная» всепроникающая юридическая деятельность субъектов в сферах правотворчества, правоприменения, толкования права и т. д. Систематизировать источники права могут все заинтересованные в этом субъекты: граждане, юристы, должностные лица, органы государства и т. д., но юридические последствия этой деятельности существенно различаются и зависят от компетенции субъектов и тех целей, которые они перед собой ставят. В связи с этим в науке принято выделять три основных формы систематизации: инкорпорация, кодификация и консолидация.

**Инкорпорация** представляет собой такую систематизацию источников права, при которой осуществляется внешняя обработка нормативного материала, объединение и расположение его в определенной последовательности без изменения содержания правовых норм. При инкорпорировании приводятся в систему внешние связи между нормами или актами их содержащими, акцентируется внимание на их предметной общности, времени издания, имеющих поправки и дополнения. Результатом этого является чаще всего предметная или хронологическая инкорпорация. В первом случае источники права объединяются в систему по их отраслевой принадлежности (гражданское, уголовное и т. д. отрасли права). Во втором — нормативный материал выстраивается в зависимости от времени принятия, введения в действие тех или иных правовых актов. Акцент здесь делается на тех изменениях и дополнениях, которые за последние годы внесены в тексты законов, указов, постановлений и т. д. Особо следует обратить внимание на то, что инкорпорация лишена правотворческих элементов, она не ставит своей целью внести изменения в систему правового регулирования. Ее задача более скромна — напомнить всем заинтересованным субъектам о существовании каких-либо источников права и показать системные связи между ними. Поэтому, разнообразие результатов инкорпорирования весьма внушительно: от официальных сборников действующего законодательства до всевозможных сборников нормативных актов, изданных с коммерческими целями (прибыль издателю), а также создание компьютерных систем поиска нормативного материала, составления картотек, папок и т. д.

Принято выделять такие виды инкорпорации, как **официальная, официозная и неофициальная**. При официальной инкорпорации, по поручению и под контролем органов власти, управ-

ления или суда, могут издаваться сборники законов, постановлений правительства, сборники министерских приказов, инструкций и т. д. Ярким показателем официальности опубликования текстов источников права являются грифы на титульном листе сборников: «утверждаю», «согласен», «официальное издание». Другим признаком официального характера актов инкорпорации является участие в их опубликовании и редактировании руководителей органов, которые ранее приняли издаваемые источники.

Официозная инкорпорация выглядит как подготовка и опубликование текстов источников права с согласия органов власти научно-консультативными советами данных субъектов, авторитетными учеными и руководителями властных структур. В данном случае официозность подобных сборников и текстов определяется авторитетным мнением специалистов, работающих в данных органах и принявших участие в инкорпорировании нормативного материала. Например, в практике Верховного Суда РФ имеется своеобразная традиция периодически готовить и публиковать Сборники постановлений Пленума Верховного Суда за определенные периоды времени. Они готовятся членами Научно-консультативного Совета, работниками Верховного Суда, видными учеными-юристами и пользуются исключительным авторитетом у всех практикующих юристов.

Неофициальная инкорпорация представляет собой наиболее «пестрый» и разнообразный слой систематизированного изложения текстов источников права, которое осуществляют и используют все заинтересованные в этом субъекты: граждане, юристы, должностные лица, общественные объединения и т. д. Это может быть «коммерческое» опубликование текстов нормативных актов различными издательствами, составление компьютерных программ поиска нормативного материала (Гарант, Кодекс, Консультант Плюс и т. д.), упорядочивание нормативного материала юристами-учеными и практиками путем занесения текстов правовых актов на карточки, составление папок с материалами и т. д. Известно, что каждый уважающий свою специальность юрист — следователь, судья, прокурор, адвокат и т. д. — всегда имеет у себя дома или на работе всевозможные вырезки из газет, журналов, распечатки текстов законодательства и важнейших правоприменительных актов прецедентного значения, собирает, подшивая и вклеивая изменения и дополнения к текстам источни-

ков права. Это и есть тематическое, или хронологическое, инкорпорирование источников права.

**Кодификация** — правотворческая по своему содержанию форма систематизации источников права, при которой происходит внешняя и внутренняя переработка нормативного материала путем внесения изменений, дополнений, исправлений в тексты имеющегося законодательства, в результате чего создаются практически новые или обновленные источники права. Наиболее яркими продуктами кодификационной работы является подготовка и издание кодексов, основ законодательства, своды законов и т. д. Автору этих строк приходилось встречаться в областных судах и прокуратурах с должностными лицами, которые занимали официальные должности кодификаторов. Табличка «кодификатор» на дверях служебного кабинета выглядит внушительно, а наименование должности звучит впечатляюще. Однако, разумеется, что никакой кодификацией в строго научном смысле этого слова данные субъекты не занимаются. Они инкорпорировали действующее законодательство и юридическую практику и должны были именоваться только инкорпораторами. Это очевидный пример непонимания истинного смысла и различия между терминами «инкорпорация» и «кодификация». Печально только то обстоятельство, что это непонимание просматривается в деятельности таких авторитетных государственных органов.

Итак, кодификация — это официальная деятельность правотворческих органов по обновлению действующего законодательства, в результате которой создаются новые источники права. Этим она и отличается от инкорпорации, не имеющей этой цели и осуществляемой всеми заинтересованными лицами. В науке различают следующие виды кодификации: всеобщую, отраслевую и специальную<sup>1</sup>. Примером всеобщей кодификации является разработка и действие в дореволюционное время «Свода законов Российской Империи». Отраслевая кодификация представлена Гражданским кодексом РФ, Уголовным кодексом РФ и т. д. Специальная кодификация выражается в правовом регулировании сравнительно узких сфер общественной жизни. Чаще всего в ней выражается особый правовой институт (Лесной кодекс РФ, Водный кодекс РФ).

С кодификацией тесно связана, но вместе с тем от нее отличается **консолидация** источников права. Она представляет собой особый прием, способ кодифицирования и выражает осо-

бую цель проводимой систематизации нормативного материала. Консолидирование означает объединение имеющегося нормативного материала путем устранения разрозненности и многочисленности правовых норм, сведением их в один нормативный акт. Консолидация, таким образом, является средством унификации и устранения множественности источников права. Очевидно, что в России назрела необходимость в консолидации налогового законодательства, земельного и банковского.

Важнейшим средством успешной систематизации правовых норм является законодательная техника. Она определяется как совокупность базирующих на практике нормотворчества, теоретически обоснованных правил и приемов подготовки наиболее совершенных и целесообразных по форме и структуре проектов нормативных актов, обеспечивающих максимально полное и точное соответствие формы нормативных предписаний их содержанию, доступность и легкую обозримость нормативного материала, исчерпывающий охват регулируемых вопросов<sup>2</sup>. Понятием законодательной или правотворческой техники охватываются научно-практические знания о правилах подготовки проектов нормативных актов, порядке внесения поправок и дополнений в действующее законодательство, теоретические способы поиска и консолидации нормативного материала, приемы расположения источников права в их системном соотношении и т. д. Все это свидетельствует, что каждая форма систематизации норм права основывается на общих и своих собственных приемах и способах законодательной техники. Очевидно также, что отдельные виды источников права: законы, подзаконные акты, договоры с нормативным содержанием, обычаи, прецеденты и т. д. нуждаются в особых формах систематизации, определяемой спецификой их текстуального выражения.

### **Примечания**

<sup>1</sup> Сенякин И.Н. Правотворчество и законодательство // Теория государства и права / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2000. С. 424.

<sup>2</sup> Пиголкин А.С. Подготовка проектов нормативных актов. М., 1968. С. 10.

## **СОДЕРЖАНИЕ**

<b>ПРЕДИСЛОВИЕ .....</b>	<b>3</b>
<b>§ 1. ПОНЯТИЕ И ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ ИСТОЧНИКА И ФОРМЫ ПРАВА .....</b>	<b>4</b>
<b>§ 2. КЛАССИФИКАЦИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА...</b>	<b>12</b>
<b>§ 3. СОЦИАЛЬНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА .....</b>	<b>25</b>
<b>§ 4. ФОРМЫ ПРАВА (ИСТОЧНИКИ), УСТАНОВЛЕННЫЕ ГОСУДАРСТВОМ .....</b>	<b>35</b>
<b>§ 5. ИСТОЧНИКИ И ФОРМЫ ПРАВА, САНКЦИОНИРОВАННЫЕ ГОСУДАРСТВОМ ....</b>	<b>48</b>
<b>§ 6. ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА .....</b>	<b>64</b>
<b>§ 7. СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА ..</b>	<b>96</b>

Учебное издание

**Волленко Николай Николаевич**

**ИСТОЧНИКИ  
И ФОРМЫ ПРАВА**

*Учебное пособие*

Главный редактор *А.В. Шестакова*  
Редактор *Л.С. Сморгалова*  
Технический редактор *А.В. Лепилкина*  
Художник *Н.Н. Захарова*

Подписано в печать 05.04 2004 г. Формат 60×84/16.  
Бумага офсетная. Гарнитура Таймс. Усл. печ. л. 5,9.  
Уч.-изд. л. 6,4. Тираж 200 экз. Заказ . «С» 40.

Издательство Волгоградского государственного университета.  
400062, Волгоград, ул. 2-я Продольная, 30.