

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)

Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)

Ю. Базедов (Институт сравнительного и международного частного права Макса Планка, ФРГ)

С.В. Бахин (Санкт-Петербургский государственный университет, РФ)

Н.А. Богданова

(МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)

В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)

А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)

Ю.В. Грачева (МГЮА

им. О.Е. Кутафина, РФ)

Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)

С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)

Г.Б. Динвуди (Чикаго-Кент колледж, США)

И.А. Емелькина (РАНХиГС при Президенте РФ, РФ)

Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)

В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.И. Муромцев (Российский университет дружбы народов, РФ)

А.В. Наумов (НИИ Университета прокуратуры, РФ)

Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)

А.И. Рарог (МГЮА

им. О.Е. Кутафина, РФ)

В.А. Сивичкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

Е.А. Суханов (МГУ

им. М.Ю. Ломоносова, РФ)

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.Г. Шинкаревич (ИГП РАН, РФ)

Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, РФ)

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер, 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная 33, к. 4
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2024

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2024

**ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ****Правовая мысль: история и современность****Е.А. Фролова, Б.В. Лесив**

Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения 4

М.А. Лихачев

Универсальность международных стандартов прав человека: необходимая утопия 40

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**Д.А. Мальбин**

Характер выбытия имущества из владения в институте защиты добросовестного приобретателя 68

М.О. Буянова

Цели и задачи трудового законодательства как индикаторы публично-правовых начал современного трудового права 93

А.Н. Ляскало

Преступления на торгах 112

В.К. Андрианов

Социально-психологические закономерности в уголовном праве. 133

Дискуссионный клуб**Д.В. Бахарев**

Фронт биологии и горизонты юриспруденции: влияние исследования природы человеческой агрессии на развитие уголовной юстиции 163

Право в современном мире**И.Э. Мартыненко**

Белорусский опыт систематизации законодательства об охране объектов культурного наследия посредством кодификации 190

J. Hodermarsky

Copyright Owners, National Treatment and Current Developments in Private International Law 213

Zh. Guo

Influence of the Soviet (Russian) Law on the Chinese Criminal Procedure Laws. 246

А.Г. Быкова

Муниципалитет в турецком праве: понятие и содержание 264

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board

A.I. Abdullin (Kazan (Volga Region) Federal University, RF)
G. Ajani (University of Turino, Italy)
J. Basedow (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Germany)
S.V. Bakhin (St. Petersburg State University, RF)
N.A. Bogdanova (Lomonosov Moscow State University, RF)
S. Deakin (University of Cambridge, UK)
G. Dinwoodie (Chicago-Kent College of Law, Chicago, USA)
I.A. Emelkina (the Russian Academy of National Economy under the President of the Russian Federation, RF)
T. Endicott (University of Oxford, UK)
A.V. Gabov (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, RF)
G.A. Gadjević (HSE, RF)
Yu.V. Gracheva (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
A.A. Ivanov (HSE, RF)
V.B. Isakov (HSE, RF)
A.A. Larichev (HSE, RF)
G.I. Muromtsev (Peoples' Friendship University of Russia, RF)
A.V. Naumov (University of Procuracy, RF)
N.A. Povetkina (HSE, RF)
A.I. Rarog (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
G.G. Schinkaretskaya (IGP RAN, RF)
V.A. Sivitsky (the Constitutional Court, RF)
E.A. Sukhanov (Lomonosov Moscow State University, RF)
Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)
V.A. Vinogradov (HSE, RF)
N.Y. Yerpyleva (HSE, RF)

Editor-in-Chief

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, RF)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitskiy Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87

<http://law-journal.hse.ru>

e-mail: lawjournal@hse.ru

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

1/2024



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

- E.A. Frolova, B.V. Lesiv**
Sources and Forms of Law: a Modern View on Basic Theoretical Provisions . . . 4
- M.A. Likhachev**
Universality of International Human Rights Standards :
A Necessary Utopia 40

Russian Law: Conditions, Perspectives, Comments

- D.A. Malbin**
Nature of Disposal of Property from Possession
at the Institute for Protection of bona fide Acquirer 68
- M.O. Buyanova**
Labor Legislation Goals and Tasks as Indicators
of Modern Labor Law Origin in Public Law. 93
- A.N. Lyaskalo**
Crimes at Competition 112
- V.K. Andrianov**
Socio-Psychological Patterns in the Criminal Law 133

Discussion Club

- D.V. Bakharev**
Frontier of Biology and Horizons of Jurisprudence:
Influence of Studies in Nature of Human Aggression
on Development of Criminal Justice 163

Law in the Modern World

- I.E. Martynenka**
Belarusian Experience of Systematization of Legislation
on Protecting Cultural Heritage through Codification 190
- J. Hodermarsky**
Copyright Owners, National Treatment and Current Developments
in Private International Law 213
- Zh. Guo**
Influence of the Soviet (Russian) Law on the Chinese Criminal
Procedure Laws 246
- A.G. Bykova**
Municipality in the Turkish Law: Concept and Content 264

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

The journal is an edition of the National Research University Higher School of Economics (HSE) to broaden the involvement of the university in the dissemination of legal culture and legal education.

The objectives of the journal include:

- encouraging academic debates
- publishing materials on the most topical legal problems
- contributing to the legal education reform and developing education including the design of new educational courses
- cooperation between educational and academic departments of HSE
- involvement of young scholars and university professors in the academic activity and professional establishment
- arranging panels, conferences, symposiums and similar events

The following key issues are addressed:

legal thought (history and contemporaneity)
Russian law: reality, outlook, commentaries
law in the modern world
legal education reform
academic life

The target audience of the journal comprises university professors, post-graduates, research scholars, expert community, legal practitioners and others who are interested in modern law and its interaction with economics.

The journal is included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of Candidate and Doctor of juridical sciences.

The journal is registered in **Web of Science Core Collection**, **Emerging Sources Citation Index**, **Russian Science Citation Index (RSCI)** on the base of **Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Научная статья

УДК: 340.1

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.4.39

Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения



**Елизавета Александровна Фролова¹,
Богдан Васильевич Лесив²**

¹ Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Россия 119991, Москва, Ленинские горы, 1, frolova.msu@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3486-4865>

² Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, forbod@bk.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8085-3983>



Аннотация

При позитивистском подходе к праву понятие источников права непосредственно связывается с формами правовой деятельности государства. В содержании последних ищут ответы на вопросы о должном и дозволенном, закономерно именуя их источниками права. Однако прагматичная привычка познавать право как готовый продукт, произведенный государством, приводит к упрощенному пониманию источников и форм права в качестве синонимов, оставляя за рамками вопрос, какие факторы побуждают и сопровождают процесс создания права, предшествуя санкции государства. Авторы настоящей статьи полагают что поскольку эти факторы приводят к созданию именно права, а не других социальных регуляторов, их исключение из поля зрения юридической науки нельзя признать обоснованным и способствующим всестороннему овладению предметом профессии. Значительная часть социального бытия, имеющая непосредственное отношение к вопросам формирования и содержания права, остается без внимания юристов. Российской юриспруденции известен и другой подход, который прослеживается в трудах авторитетных дореволюционных правоведов — Н.М. Коркунова, И.В. Михайловского, Г.Ф. Шершеневича. В настоящем исследовании их наработки о соотношении источников и форм права синтезированы со знаниями государственно-правовой

истории и сравнительного правоведения, сопоставлены с реалиями юридической практики. В результате достигнуты три основных цели: во-первых, предложено альтернативное решение вопроса о соотношении источников и форм права, не предполагающее их отождествление; во-вторых, показано, что упрощенное понимание источников права в качестве абстрактных категорий (например, общая воля) не всегда отражает процессы, происходящие в правовой системе; в-третьих, обобщены и обновлены с учетом современной эмпирики признаки и свойства основных форм права, их теоретические достоинства и недостатки. Один из основных выводов заключается в том, что формальная (исключительно по внешним признакам) квалификация того или иного правового акта в качестве определенной формы права (без содержательного анализа его существенных признаков и свойств) является неэффективной.



Ключевые слова

источники права; формы права; правотворчество; правовая определенность; нормативные свойства; судебный прецедент; правовой обычай.

Для цитирования: Фролова Е.А., Лесив Б.В. Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 4–39. DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.4.39

Legal Thought: History and Modernity

Research article

Sources and Forms of Law: a Modern View on Basic Theoretical Provisions



Elizaveta A. Frolova¹, Bogdan V. Lesiv²

¹ Moscow State Lomonosov University, Building 13, 1 Leninskie Gory, Moscow 119991, Russia, frolova.msu@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3486-4865>

² National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Street, Moscow 101000, Russia, forbod@bk.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8085-3983>



Abstract

The positivist tendency in the Russian legal theory influenced the ratio between sources and forms of law. When the law is viewed solely from the point of state law-making monopoly, then the concept of sources of law is directly depended on the forms of state legal activity. Person appeals to the content of the latter if he or she wants to know what is due and permissible, naturally calling such forms as sources of law. Thus, the tradition to study law just as the product given by the state has formed the habit of equating the meanings of sources and forms of law. However, this approach leaves out the question of what factors prompt and accompany the process of lawmaking, as they precede a state sanction to adopt the law. Given that such factors lead to the creation of law exactly, not

other social regulators, the authors propose a thesis that there is no sufficient ground to exclude them from the focus of jurisprudence as social science. This thesis is based on the observation that, as a result of mentioned exclusion, a significant part of social life, which is directly related to law-making and influences a content of legal norms, remains out of the lawyers' competent survey. Such restricted view does not contribute to comprehensive mastery of the subject of the legal profession. Noteworthy is the fact that there is another approach also known to Russian jurisprudence, which had been substantiated by authoritative pre-revolutionary jurists. Among them were professors of leading legal schools G.F. Shershenevich (Moscow University), N.M. Korkunov (Saint Petersburg University), I.V. Mikhailovsky (Tomsk University). The study synthesizes their achievements on the correlation of sources and forms of law with relevant experience of legal history and comparative law, as well collates them with the realities of legal practice. It has been assumed that sources of law are reason, experience, faith, as well as composite categories and principles of law. On the contrary, normative acts, precedents, legal customs, normative treaties, legal doctrine has been studied as the forms of law. As a result, three main objectives has been accomplished: first, an alternative *ratio* between the concepts of sources and forms of law, that does not imply their equation, has been substantiated; secondly, authors have demonstrated that simplified understanding of the sources of law as some abstract categories (i.e. general will) does not always reflect the processes in the legal system; thirdly, authors have generalized the features and qualities of the basic forms of law revealing their theoretical advantages and disadvantages and updating common theoretical provisions against modern legal practice. One of the major conclusions is that the formal qualification of a legal act as a form of law (solely by external trappings without a meaningful analysis of its substantive features and qualities) is ineffective.



Keywords

sources of law; forms of law; lawmaking; legal certainty; normative properties; judicial precedent; legal custom.

For citation: Frolova E.A., Lesiv B.V. (2024) Sources and Forms of Law: a Modern View on Basic Theoretical Provisions. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 4–39 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.4.39

Введение

На определенной стадии общественного развития и усложнения межчеловеческих отношений право стало важнейшим социальным регулятором, который используется для создания, изменения и применения правил, управляющих общественной жизнью. Понятие создания или изменения таких правил поднимает вопрос: откуда черпается их содержание? Разнообразие возможных вариантов поведения в той или иной жизненной ситуации заставляет задуматься: почему право предписывает поступать именно так, а не иначе? Как определяется вариант поведения, который должен стать правовой нормой? Есть множество примеров того, что при неизменности жизненных обстоятельств законодатель спустя время меняет для них норму (иногда в прямо проти-

воположную сторону). Кроме того, одни и те же жизненные ситуации часто регулируются по-разному законодателями различных государств. Все это неизбежно ставит вопрос об источнике права — содержательной материи, которая выступает его первоначалом и посредством обращения к которой субъект власти может сформировать понятие о правовом и противоправном.

Однако понятие о процессе создания права (правотворчества) не является полным и завершенным, если ограничиваться только стадией обращения к источнику права. Хотя такое обращение имеет место и допустим даже, что субъект правотворчества сформировал в своем сознании, исходя из этого источника, примененную к жизненной ситуации позицию, все же основная цель права — воздействие на общественные отношения, их регулирование. Как следствие, уяснение правила субъектом правотворчества не порождает право как объективное явление, чтобы достичь указанных целей, необходимо распространить понятия об этом правиле среди индивидуально-неопределенного круга лиц, обеспечить надлежащее восприятие ими содержания этого правила и его обязательности. Именно в связи с бесспорной необходимостью такого логического завершения процесса правообразования поднимается вопрос о форме права — его внешнем проявлении в объективной реальности, когда субъективное осознание нормы права ее создателем переводится в разряд материально-ощутимых (видимых) объектов. В таком объективированном (фиксированном) виде право может быть распространено, что прямо влияет на возможность требовать его единообразного исполнения.

Вопрос о связи формы права с его источником имеет для юриста не только теоретическое, но и практическое значение. Знание законодательных процедур, технических стадий законодательного процесса позволяет ответить лишь на вопрос, как появляется внешний результат правотворчества — форма права. Это по большей части знание о поверхностной реальности права, которую не только юристы, но и все граждане способны изучать по книгам. Вместе с тем за рамками данного знания остается понимание того, какие в действительности силы и факторы воздействуют на участников законодательного процесса в ходе разработки правовых норм — начиная от появления идеи (концепции) и до оформления окончательного законоположения, которое может существенно отличаться от изначального варианта. Юристу, претендующему на полноценное овладение искусством права, включающим не только навыки правоприменения, но и правотворчества, необходимо иметь четкое понятие о источниках права.

Внимательное отношение к вопросу источников и форм права традиционно для российских правоведов — отечественная юридическая нау-

ка занималась его разработкой уже на пике своего развития в XIX в. Теоретические основы были заложены в фундаментальных трудах деятелей московской, санкт-петербургской и ряда других юридических школ: А.Д. Градовским, Ф.Ф. Кокошкиным, Н.М. Коркуновым, И.В. Михайловским, С.А. Муромцевым, Г.Ф. Шершеневичем и др. После возобладания советского подхода, провозгласившего право возведенной в закон волей господствующего класса (пролетариата), отечественная юриспруденция встала на путь отождествления источников и форм права — единственным источником права была признана воля «трудового народа» и она же становилась нормативным актом, т.е. была одновременно и формой права. Распространенная с тех пор привычка познавать право в качестве готового продукта, произведенного государством, не задаваясь дополнительными вопросами о том, что было до его создания, привела к упрощенному пониманию источников и форм права в качестве синонимов.

Однако даже за абстрактной категорией воли трудового народа фактически по-прежнему стояли движущие силы и факторы, влиявшие на субъектов власти, которые в теории выражали эту волю, а фактически могли действовать по собственному усмотрению. Под углом проблемности и дихотомичности, обозначенной в начале настоящей статьи, заметной стала необходимость снова осмыслить вопрос об источниках и формах права. Стремительное развитие государственных и общественных институтов и практики на протяжении последних десятилетий, связанное, помимо прочего, с достижениями научно-технического прогресса, подсказывает новые векторы такого осмысления.

1. Соотношение понятий «источник права» и «форма права»

Если исходить из объективных закономерностей формирования права в гуще движения различных социальных факторов, а не из формальных абстрагированных или сугубо идеологических категорий, то к бытию права применимо общее философское отношение формы к содержанию. Г. Гегель замечал, что при рассмотрении противоположности между формой и содержанием крайне важно помнить, что «содержание не бесформенно», а форма «представляет собой нечто 'внешнее' ему» [Гегель Г., 1975: 298]. Таким же образом форма права относится к источнику права (и к норме права в качестве содержательного продолжения источника) — как внешнее к внутреннему, как сосуд и его наполнение. В данном аспекте очевидно, что понятие источника отсылает к сущности, которая является по отношению к содержанию права первичной, базовой, исходящей — до нее нет права вообще, она является его пер-

воначалом, за счет обращения субъекта правотворчества к ней право начинает формироваться.

Форма права не может появиться сама по себе — ей всегда предшествует деятельность субъекта правотворчества, обращающегося к тому или иному источнику своего видения правовых явлений. Перед формой права стоит одна из основных задач, напрямую связанная с признаками права — обеспечить формальную определенность, т.е. необходимое условие формального равенства (форма → формальный). Что форма права является если не идеальным, то доступным и необходимым способом нейтрализовать негативный эффект субъективного восприятия межчеловеческих отношений, писал профессор Н.М. Коркунов: «Неизбежное несоответствие положительного права с субъективным правосознанием хотя и представляется злом, но с избытком выкупается тою определенностью и внешнею распознаваемостью, какую отличается положительное право. Нетрудно, действительно, убедиться в важном значении определенности и распознаваемости юридических норм... Всякому важно определить наперед, с возможною точностью, при соблюдении каких именно правил он может быть обеспечен от всякого притязания со стороны других и соблюдения чего он может требовать от них самих. А это возможно только относительно *объективировавшихся норм* и потому *учение о формах, в каких совершается это объективирование* (курсив здесь и далее наш. — Е.Ф., Б.Л.), получает для юриста весьма большое значение» [Коркунов Н.М., 1909: 282–283].

Таким образом, если одной из основных функций права является регулирование общественных отношений (обеспечение их стабильности и предсказуемости) и если право в связи с этим обладает признаком формальной определенности, то форма права является ключевым способом выполнения этих предназначений.

Иногда понятия источника и формы права используются без проведения грани между ними, а временами даже в качестве взаимозаменяемых синонимов. Нередко можно встретить мнение, что формы положительного права, такие как законодательный акт, и есть источники права, к которым обращается правоприменитель. Действительно, такая логика может иметь место, однако необходимо обратить внимание на возможную подмену понятий: одно дело, когда речь идет об источнике права вообще, к которому обращается правотворец для создания правовой нормы с нуля; совершенно другое — рассуждение о том, к чему обращается правоприменитель для поиска готового решения жизненной ситуации. В связи с этим актуально еще одно замечание Н.М. Коркунова: «законодательство не есть источник права в смысле силы, его творящей» [Коркунов Н.М., 1909: 284]. Проще говоря, правотворец об-

ращается к источнику права как к неиссякаемой и изначально неопределенной (требующей определения) материи, с помощью которой формирует правило, а правоприменитель — к объективному праву, которое уже нашло свое определение благодаря работе правотворца. Это своего рода вторичное или производное представление об источнике права.

Дело в том, что при рассмотрении данных вопросов внимание теории права сосредоточено в большей степени именно на объективном праве. Описываемые ею признаки, функции, структура права, понятие и классификация норм права относятся к феномену объективного, а не субъективного права. В равной степени это справедливо и по отношению к понятиям источника и формы права — они отражают то, как объективное право создается и как оно проявляется вовне. Что касается субъективных прав, точнее, принятия правоприменительных решений об их защите в той или иной ситуации, то формы объективного права действительно могут рассматриваться как источник указанных решений и, следовательно, как источник субъективных прав. Таким образом, если рассматривать право исключительно с естественнонаучной точки зрения как утвержденный государством объект действительности, регулирующий отношения и подлежащий применению в конкретных делах (источник права в так называемом «юридическом смысле»), то с этой целью источники и формы права действительно следует отождествлять (это более эффективно для правоприменения).

Такая логика, однако, неприменима к вопросу об источнике самого объективного права; она действует только при позитивистском подходе к пониманию права, поскольку как естественно-правовая школа, так и социологические концепции права в любом случае не допускают разрыва между субъектом права и изначальным источником права посредством форм, которые выполняют лишь технические функции. Поэтому при рассмотрении данной темы зачастую важно учитывать различные типы правопонимания.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что безапелляционное и бессистемное отождествление двух понятий вполне справедливо можно признать ошибочным. Даже использовавшие их в качестве синонимов известные правоведы делали это искусно и осознанно. Например, профессор Г.Ф. Шершеневич объяснял: «Различные формы, в которых выражается право, носят издавна название источников права. Термин этот представляется, однако, малопригодным ввиду своей многозначности. ... Разнообразие значений, придаваемых выражению «источники права»... вызывает необходимость обойти его и заменить другим выражением — «формы права»» [Шершеневич Г.Ф., 2016: 322–323]. Н.М. Коркунов также уделял внимание этой проблеме: «Другое смешение понятия,

имеющее более современное значение, есть смешение понятия источника права, как признака общеобязательности, с понятием [источника права], откуда черпается и чем определяется самое содержание юридических норм» [Коркунов Н.М., 1909: 284].

Существенное различие между факторами, влияющими на создание права с нуля, и особенностями процесса формального определения права проводил известный теоретик права, профессор И.В. Михайловский. Еще в начале XX в. он справедливо отмечал, что «неопределенность и растяжимость» таких сложносоставных категорий, как «общая воля», не позволяет судить о процессе «формального определения юридических норм» (т.е. непосредственно правотворчества), а опирающиеся на них теории «могут иметь научное значение только для вопроса о факторах правообразования» [Михайловский И.В., 1914: 74]. Сбалансированный подход к разграничению понятий разделяется и зарубежными правоведами: например, французский теоретик Ж.-Л. Бержель отмечает, что для преодоления конкуренции различных смыслов понятия «источник права», необходимо иметь в виду, что ими в таком случае «принято одновременно обозначать и *содержательные* и *формальные* источники права» [Бержель Ж.-Л., 2000: 97].

2. Источники права

Источники права — это предшествующие созданию права движущие силы и факторы, влияющие на субъекта правотворчества и определяющие материальное содержание правовых норм.

Составить закрытый перечень и ввести строгое понятие источников права затруднительно; факторы, влияющие на правотворчество в определенное время в определенном государстве, бывают такими же разнообразными, как общество в качестве живого социального организма. Поэтому подход к источникам права в том или ином государстве может в значительной степени зависеть от принятого (или фактически действующего) подхода к пониманию права как такового. Так, С.В. Бошно отмечает, что «система источников права испытывает на себе влияние правопонимания», раскрывая основную суть такого влияния на примере концепций позитивизма, естественного права, социологической юриспруденции [Бошно С.В., 2005: 17]. Вместе с тем нельзя забывать, что какой бы ни исповедовался подход к праву, целью правотворчества всегда является создание правовой нормы — это онтологическая характеристика самого понятия права. Норма может выражаться по-разному — путем принятия нормативных правовых актов, фиксации ее в результатах судебной деятельности, закрепления в обычно-правовой практике и т.д.

Но вопрос, который поставлен сейчас, заключается в том, при помощи чего может формироваться содержание норм права, в том числе в русле различных подходов к правопониманию.

Когда встает необходимость в праве — необходимость внести определенность в жизненную ситуацию, в межчеловеческие отношения — тогда речь заходит о выявлении позиции того или иного источника, который признается в обществе легитимным, в этой ситуации. В частности, в государстве с авторитарным режимом, особенно с *де-юре* или *де-факто* монархической формой правления, источником права может декларироваться разум опытного правителя, которому доверяют. Например, такое положение имело место в средневековом русском государстве, когда после освобождения от гнета Золотой орды истощенный физически и духовно народ полагался на князя как защитника русской земли. Другой подход можно наблюдать в разнообразных формах демократического режима с республиканской формой правления, в которых источником права провозглашается воля народа или воля большинства, хотя эти категории довольно абстрактны, и существуют разнообразные взгляды на механизмы, методики и проблемность «вычисления» такой воли.

Таким образом, источник права, в отличие от его формы, характеризуется как нечто имеющее универсальную сущность и стоящее над событиями, фактически происходящими в обществе. При неизменности источника право может приобретать различные формы. К примеру, даже если структура общественных отношений претерпевает изменения под влиянием научно-технического прогресса, такой источник права, как воля народа, не меняет своей внутренней природы, тогда как правовые нормы и закрепляющие их формы права, весьма вероятно, будут изменяться, формируя новую позицию этого источника по отношению к изменившимся обстоятельствам. Постоянное обращение к источнику права, как правило, не требуется, однако в ситуациях, еще не урегулированных (неопределенных), но требующих этого; субъект правотворчества обращается к источнику для его конкретизации в преломлении к определенной совокупности фактов, чтобы облечь в ту или иную доступную этому субъекту форму определенности (форму права).

Поэтому, развивая ранее цитированные наблюдения, И.В. Михайловский утверждал, что «в сущности, почти все ученые одинаково понимают «источники права» как «факторы, творящие право», а разногласия начинаются только при решении вопроса, *что* должно считаться правотворящими факторами» [Михайловский И.В., 1914: 237]. При этом, как пояснял правовед, «одни говорят, что это — объективные условия данной среды, другие — что это высший этический закон, третьи — что

это психические переживания личности...» [Михайловский И.В., 1914: 237]. В свою очередь Н.М. Коркунов указал более общий критерий, позволяющий классифицировать источники правовых норм: «Одни представляют юридические нормы как нормы, устанавливаемые органами государственной власти; другие более общим образом признают источником права общество в его целом» [Коркунов Н.М., 1909: 62].

От решения данного вопроса напрямую зависит понятие об источнике объективного права. Если право, следуя концепции жесткого позитивизма, отождествляется с решениями органов власти, то единственным источником права становится только разум лиц, осуществляющих власть; даже если мотивом к принятию тех или иных властных решений станут события, происходящие в самом обществе, то, прежде чем будет создано право, они будут «пропущены» через разум субъекта правотворчества. В других правопорядках, где источником права признается общество в целом, самодостаточными факторами, определяющими его содержание, могут стать закономерности общественной практики, отношений между людьми (накапливаемый жизненный опыт), результаты конкуренции интересов различных социальных групп или даже психологические потребности в праве, а деятельность государственных органов при этом направлена лишь на фиксацию и обеспечение формируемых самим обществом правовых норм.

Одной из особенностей источников права, отличающей их от форм права, является отделенность (или даже независимость) от государства — они предшествуют государственной деятельности по созданию права. Даже если речь идет о позитивистском подходе, то разум носителей государственной власти, очевидно, имеет отдельную сущность от самого государства. Разум влияет на их государственную деятельность, а не наоборот, и со сменой носителей власти меняется разум, влияющий на правотворчество. Разум, таким образом, существует вне государства. Еще более очевидна обособленность общественных факторов: сначала в процессе социальной практики складываются закономерности опыта и борьбы интересов, верования, психологические потребности лиц и лишь затем они объективируются в законодательной деятельности государства.

К наиболее распространенным источникам права (в понимании, которое представлено выше) могут быть отнесены разум (включающий в себя возможные его проявления — логику, доктрину, принципы права), опыт, вера, психологические переживания индивидов.

Разум как источник права представляет собой мыслительную деятельность субъекта правотворчества, который посредством анализа, абстрагирования или обобщения созерцаемых социальных явлений

(в том числе политических, экономических, культурных) вырабатывает способ разрешения (урегулирования, определения) той или иной жизненной ситуации, конкуренции интересов. Социальная среда, уровень и профиль образования, эрудиция и другие факторы формируют мнение (убеждения) человека по определенным вопросам, которое может быть положено в основу правовых решений. Если источником права является разум или, как его называл Н.М. Коркунов, «субъективное сознание», то справедливым будет его наблюдение, что «все другие факторы влияют на правообразование только через посредство нашего сознания. Божественные веления, природа вещей... соображения целесообразности, внушения нравственного долга — все это может вызвать образование соответствующих правовых норм лишь тогда, когда будет воспринято человеческим сознанием» [Коркунов Н.М., 1909: 284]. В связи с этим нельзя не отметить, что правовая доктрина, включающая не только труды ученых, но и глобальные учения о сущности права (в том числе доктрина естественного права), а также теория этики и доктрина веры (но не верования как таковые) являются, по сути своей, частными проявлениями разума в качестве источника права. Указанные результаты мыслительной деятельности человека не только сами по себе разрабатываются при помощи разума, но и перед облечением в правовую форму являются предметом их осмысления правотворцем.

Одним из самых влиятельных проявлений разума в качестве источника права является логика, ставшая одним из величайших результатов развития человеческой мысли. Хорошо известные и проверенные веками законы логики универсальны и могут быть применены в том числе к правовым явлениям. Это, отнюдь, не означает, что любая норма права является логичной. Но это значит, что при желании логику можно применить для создания права и, тем самым, создать логически взаимосвязанную систему правовых норм. По такому пути, в частности, пошла континентальная юриспруденция средних веков, когда глоссаторы и комментаторы, а затем ученые европейских университетов предприняли то, что часто именуют рецепцией римского права. Первоначально взяв за основу корпус Юстиниана, они путем применения различных логических приемов развивали когда-то сформулированные положения, подстраивая их под новые условия; выводя частное из общего или собирая общий вывод из частных умозаключений, создавали новые нормы, выстраивая тем самым логически связанные институты, структуры прав и так далее.

Основанная на таком принципе система частного права предполагает возможность логического выведения норм для конкретных ситуаций из более общих положений, при том, что первые выступают как логические

следствия последних. Данная концепция подверглась жесткой критике представителей социологической школы права за то, что предусматривает возможность появления «искусственных» норм, основанных исключительно на логике, даже если они не обусловлены потребностями и опытом отношений. Соответственно, этот источник права может встречаться чаще именно при восприятии обществом позитивистского или естественно-правового взгляда на право.

Опыт как источник права представляет собой закономерности повседневного взаимодействия людей (общественных отношений) и применяемых в обществе социальных практик по определенному вопросу. Создающиеся в процессе жизнедеятельности бессистемно и децентрализованно проблемные ситуации (столкновения интересов), вследствие их неоднократности, репрезентативности и поучительной значимости результатов способны проявить общую закономерность, которая может быть положена в основу законодательства. В политическом поле опыт нередко называют традициями общества или народа, хотя в научных целях эти понятия следует разделять, поскольку далеко не всегда традиции, декларируемые в политических целях, действительно отражают эмпирически подкрепленные социальные закономерности.

Закономерность (созвучно закону) в этом случае воплощает понятие определенности в противовес возможным нежелательным отклонениям. Такая точка зрения предполагает, что в ходе обычной жизни, не обремененной формальным регулированием, лица взаимодействуют друг с другом, накапливают опыт и у них складывается общее понятие о том, какое поведение необходимо для поддержания размеренной жизни без конфликтов. Преломление этого опыта к ситуации показывает, какой из множества возможных вариантов поведения ее участников безопасен для других и взаимовыгоден для них самих (балансирующим интересы). В отличие от морали, косвенно влияющей на участников отношений (причем на всех по-разному), под опытом понимаются именно фактически имеющиеся закономерности взаимодействия личностей и его последствий, позволяющие в дальнейшем предчувствовать правильность (безопасность, безвредность, отсутствие убытков) такого же (или обратного) поведения.

Такой ход мысли схож, но не идентичен, с доктриной экономического анализа права [Posner R., 1998]. Оказавшие решительное влияние на движение экономического анализа сторонники правового реализма Дж. Дьюи и О. Холмс отмечали изначальную всеобщую склонность следовать («подражать») паттернам поведения родителей, более глобально — предков, придерживаясь при этом максимы «проверенное — значит безопасное, а неизведанное — значит риск гибели» (раз они так

делали и жили нормально, то и мы должны делать так же). Сложившиеся опытным путем закономерности могут стать источником нормы не только конкретной жизненной ситуации, но и ситуаций смежных или аналогичных, поскольку суть именно в опыте как общем уроке, который можно экстраполировать на похожие случаи. Эта категория очень напоминает обычай в аутентичном значении этого слова. Однако с точки зрения теории права отличие правового обычая от опыта заключается в том, что правовой обычай есть публичное признание и защита узкой практики, тогда как опыт в качестве общей эмпирической базы, накопленной из отношений в обществе, используется субъектом правотворчества для выведения общих закономерностей правового и противоправного и как следствие — для создания самостоятельных норм права, в том числе не обязательно имеющих жесткую логическую связь следствия и причины с жизненными ситуациями.

Как видно из всего сказанного, опыт как источник права наиболее присущ системам, базирующимся на реалистическом (социологическом) подходе к праву.

Вера в Бога может выступать самостоятельным проявлением разума в качестве источника права, однако, в отличие от логики и других проявлений разума, претендующих на системную обоснованность, характеризуется иррациональностью, как и само понятие веры. Важно, что в данном случае имеются фактические верования, а также децентрализованно формируемые ими предрассудки и предубеждения (в научном смысле этих понятий). Именно они могут быть рассмотрены отвлеченно от деятельности формализованных структур как объективный социальный феномен — основанные на вере закономерности социального самосознания индивидов, их групп, оказывающие влияние на формирование понятия о должном и недозволенном.

Имея изначально иррациональную природу, верования масс объективируются в социальных практиках и открываются уже рациональному познанию. В таком понимании речь идет не об оправдании любого действия власти априорной категорией «божественного веления», а о научно постигаемом явлении — выраженных вовне результатах проявления веры людьми. На актуальность рассмотрения теократической теории права именно в таком ключе, а не в качестве архаичного обожествления власти, обращал внимание профессор Ф.Ф. Косошкин уже в начале XX в.: «Возможно, не вводя в область исследования вопроса о воздействии воли Божией на общественные явления, тем не менее утверждать, что государственная власть рождается из религиозного авторитета и основание государственной власти коренится в религиозной вере, распространенной в массе населения. В таком виде [теократиче-

ская] теория делается независимой от веры и не включает в себе, а priori ничего неприемлемого, даже для неверующих» [Кокошкин Ф.Ф., 1912: 10–11].

В современном обществе с его сложной структурой, ослаблением границ между государствами, культурами, рынками, фактической невозможностью постоянного непосредственного контакта между верховной властью и всеми гражданами усложнились и подходы к определению источников права. В их качестве принимаются сложносоставные категории, претендующие на сочетание признаков и свойств всех упомянутых источников, дабы усилить легитимность создаваемого права. К примеру, уже в XIX в. историческая школа права (Савиньи, Пухта) видела источник права в «народном духе», сочетающем как опыт, верования нации, так и ее коллективный разум. Теория «общей воли» (Руссо), близкая к сегодняшнему понятию воли народа, предполагает своего рода сложение разума всех дееспособных граждан.

Разум, опыт, вера являются довольно труднодостижимыми категориями, поэтому дополнительное их усложнение порождает множество спорных и зачастую неразрешимых вопросов. Например, отдаляя категорию разума от субъекта правотворчества в сторону «сложения» разума множества лиц, сторонники теории «общей воли» упрощают понятие демократии и реальность процессов, сопровождающих принятие законов. В частности, если речь заходит о воле народа, то встают следующие вариации теоретических дилемм: равна ли воля депутатов воле народа? Влияет ли на решение этого вопроса характер мандата — он императивный или свободный? Становится законом воля всего народа или его части? Как в действительности на решение этого теоретического вопроса влияет возможность принятия законов при несогласии почти половины депутатов (49%)? В контексте этих вопросов примечателен искренностью марксистско-ленинский подход, прямо провозглашавший источником права не волю народа, выражаемую через депутатов, а волю (интересы) господствующего рабочего класса, которые диктуются его авангардом — партией.

По отдельности проявления разума, опыта и веры в качестве источников права могут быть, если приложить необходимые эвристические усилия, ассоциированы с законодательными решениями. Они поэтому являются своего рода первичными или прямыми источниками правовых норм. В то же время сложносоставные категории по сути являются, во-первых, производными или вторичными источниками права и, во-вторых, представляют собой искусственно созданные человеком концепции (продукт вторичной мыслительной деятельности, напрямую не связанной с созданием конкретных правовых норм), неизбежно на-

кладывающие на первичные источники отпечаток дополнительных концептуальных установок. Искусственно созданные концепции, в отличие от первичных источников, непременно влекут необходимость интерпретационной деятельности, во многом ставя вопросы правотворчества в зависимость от субъективного разума интерпретатора: но не разума как непосредственного источника конкретных норм, а разума, интерпретирующего концепцию, и лишь затем — формулирующего конкретные нормы.

Как видно из рассмотренных понятий о возможных источниках права, они могут отличаться объективностью или субъективностью. Например, опыт как эмпирически обусловленный источник права претендует на свою объективность, тогда как разум, как правило, субъективен, поскольку имеет четкую связь с мыслящим субъектом. Даже в случае с логикой разум субъективен в том плане, что существует риск зависимости создаваемого объективного права и его действенности (качества регулирования отношений) от когнитивных способностей субъекта — мастерства применения логических приемов и потенциальных логических ошибок. Кроме того, требуется немало усилий, чтобы в целях права отличать и отделять разум и логику от их отрицательных двойников — популизма и демагогии, суть которых как раз в деконструкции логики под видом ее соблюдения, чему имеется множество исторических подтверждений.

В данном аспекте актуальным является также исследование вопроса о реальных (истинных) и мнимых источниках права. Одним из самых ярких исторических примеров этой дихотомии стала идеология и практика якобинской диктатуры на исходе XVIII в.: при провозглашении суверенитета французской нации, связывая источник права именно с ней и режимом свободы, якобинцы жестоко преследовали всех несогласных как с самой этой концепцией в целом, так и с их личными взглядами. Истинным источником правовых решений стал разум немногих лиц (якобинской верхушки), а главным символом «демократической» республики стала гильотина — «бритва нации», под которую без всякой оглядки на права, за которые боролись идеологи якобинства, попали не только члены королевской семьи, политические конкуренты, но и деятели науки и искусств (например, знаменитый химик А. Лавуазье).

Актуальность проблемы истинных и мнимых источников права звучна актуальной проблеме истинных и мнимых юридических целей, напрямую связанных с процессом правотворчества. В одном из последних исследований на эту тему отмечается, что манипулирование юридическими целями (равно как и понятием об источниках права) «чревато изменением самого отношения к праву, выражающемуся в симулятиза-

ции, при которой право не воспринимается как что-то серьезное, наполненное содержанием, а область юридического превращается «в систему нормативных знаков, не имеющих связи с жизнью» [Куликов М.А., 2023: 235–236].

Нельзя обойти стороной вопрос о влиянии принципов права на деятельность субъектов правотворчества. По своему определению принципы — идейные образы и ценностные установки, которые признаются значимыми и устремляют мышление и поведение людей в определенном направлении. В таком же смысле принципы существуют и в правовой реальности [Стоилов Я., 2023: 116]. Если говорить о принципах права, то они направляют поведение всех субъектов, имеющих отношение к праву — не только правоприменителей, но и правотворцев, и поэтому соотносятся с понятием источников права в рассмотренном ранее смысле. Другое означало бы, что принципы права как наиболее обобщенные ценности с нормативным содержанием могут устанавливаться и произвольно изменяться самими правотворческими органами во всем их многообразии.

Однако принципы права, в отличие от юридических норм, содержащих обычные (конкретные) правила, характеризуются наивысшей степенью нормативной обобщенности, максимально охватывающей все сферы общественной жизни и все возможные жизненные ситуации. Следовательно, если та или иная идея, широко воспринимаемая в обществе, ядро содержания которой не зависит от усмотрения властей, применима ко всем жизненным ситуациям, то она должна быть в равной степени применима (учтена) в процессе разработки норм, регулирующих данные ситуации. В данном случае, как объясняет К. Ларенц, речь идет о том, что принципы права выступают в качестве методов нахождения правил [Avila H., 2007: 8–9].

В современном мире данный феномен нашел выражение, в частности, в принципах международного и конституционного права, которые имеют самостоятельное нормативное содержание, не зависящее от воли ординарных законодателей, и которыми последние обязаны руководствоваться при разработке законов. К таким принципам относятся: уважение человеческого достоинства, высшая ценность прав человека, равноправие и равенство всех перед законом, запрет пыток и бесчеловечного обращения и др. В этом плане уместно говорить о получении «права из принципов», понятие которого судья Конституционного Суда России Г.А. Гаджиев использовал для обозначения правовых позиций и норм, выводимых из абстрактных конституционных положений. Он отметил, что поскольку принципы права отличаются неконкретным юридическим содержанием, они обладают высоким потенциалом раз-

ностороннего развития посредством формирования развивающихся представлений о них [Гаджиев Г.А., 2008: 22] .

Есть основания сделать вывод, что существует целая совокупность факторов, появляющихся и развивающихся в жизни общества автономно от государства (по крайней мере, неподконтрольно ему), которые относятся к созданию именно права, а не другого социального регулятора. Следовательно, нет оснований исключать их из внимания юриспруденции как социальной науки. Упрощенное понимание источников права и сведение юриспруденции к изучению внешних форм объективного права, оставляющее юриста за рамками вопроса о создании этого права, вряд ли способствует утверждению о высоком предназначении юридической профессии именно в качестве профессии, а не в качестве технической работы, с которой способен справиться усердный представитель любой специальности. Если игнорировать указанные факторы, то значительная часть социального бытия, непосредственно связанная с правотворчеством и содержанием правовых норм, остается вне поля зрения юристов.

3. Формы права

Форма права — внешний его облик, способ выражения его содержания в объективной реальности, т.е. способ объективирования правовых норм, обеспечивающий возможность доведения их до сведения субъектов права и служащий подтверждением их общеобязательности.

Логическим результатом работы субъекта правотворчества с первичным источником права становится облечение принятого им решения в надлежащую форму, иначе это решение не вышло бы за пределы его собственного сознания. В свете давно устоявшегося в теории государства понятия о монополии государства на осуществление государственной власти, в том числе на правовое регулирование общественных отношений [Еллинек Г., 1903: 236–238], форма права, в отличие от его источников, всегда зависит от государства и четко связана с органом государственной власти, который «оформляет» право. Отличительной чертой формы права, таким образом, является то, что ей предшествует не только источник права в рассмотренном ранее смысле, но и санкция государства, которое утверждает право в определенной форме.

Истории государства и права, как и современной сравнительно-правовой науке, известно множество форм права, разнообразие которых обусловлено богатством форм государства, конструктивных особенностей правовых систем, подходами к разделению (распределению) государственной власти и так далее. Благодаря обобщениям, предпринима-

тым наукой теории государства и права, понятия об этих разрозненных способах выражения права приведены в систему, предусматривающую следующие основные (типичные) формы права: нормативные правовые акты, судебные прецеденты, правовые обычаи, нормативные договоры, правовая доктрина, формы религиозного права.

Фактические формы права могут сочетать в себе признаки сразу нескольких типичных моделей. Так, международные договоры часто рассматриваются как классический нормативный акт, применяемый в суде (в Европе — Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г.). Поэтому требуется всесторонний анализ признаков, рассмотренных ниже, чтобы понять истинные свойства того или иного правового акта в качестве формы права.

3.1. Нормативный правовой акт

Обращаясь к его рассмотрению как формы права, следует прежде всего иметь в виду встречающееся в литературе и на практике непонимание смысла термина «нормативность». Иногда утверждается, что отличительной чертой нормативного правового акта является нормативность. Однако нормативность в качестве одного из ключевых признаков права вообще не только характерна, но обязательна для всех без исключения форм права. Норма права, с которой связывается само понятие нормативности, имеется как в нормативных правовых актах, так и в любой другой форме права. Следовательно, все формы права в той или иной степени являются нормативными актами в широком смысле. Однако во всем разнообразии форм права выделяется категория, отличающаяся от других своими специфическим устойчивым признаками и свойствами, которую благодаря этому стали именовать нормативным актом в узком смысле.

Официального определения нормативного правового акта нет. Многие правоведы, стремясь подкрепить свои взгляды авторитетом государства, ссылаются на Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации, которая однажды констатировала, что «в юридической доктрине принято исходить из того, что нормативный правовой акт — это письменный официальный документ, принятый (изданный) в определенной форме правотворческим органом в пределах его компетенции и направленный на установление, изменение или отмену правовых норм. В свою очередь, под правовой нормой принято понимать общеобязательное государственное предписание постоянного или временного характера, рассчитанное на многократное применение» (постановление от 11.11.1996 № 781-П ГД). Но, во-первых, поиск исчерпы-

вающего понятия нормативного правового акта не являлся предметом указанного постановления, а во-вторых, парламент по своим составу и функциям вряд ли претендует на первенство в юридической экспертизе.

При этом зачастую упускается из виду посвященное непосредственно этому вопросу юридико-экспертное и доктринально-правовое исследование, предпринятое Конституционным Судом России. В Постановлении от 31.03.2015 № 6-П Суд сформулировал собственную позицию о том, что представляет собой нормативный правовой акт и по каким признакам его можно отличить от других форм правовой деятельности государства. Суть рассмотренного Судом вопроса была связана с тем, что зачастую внешне не похожие на законы и подзаконные акты документы государственных органов фактически являются нормативными правовыми актами. Следуя принципу «от обратного», можно заметить, что далеко не все положения законов и подзаконных актов имеют нормативный характер и, следовательно, могут быть названы нормативными правовыми актами лишь формально. Поэтому в указанном постановлении отражены результаты глубокого осмысления феномена нормативных свойств и указано, что такие свойства в отношении нормативного правового акта обусловлены не одними только его внешними, формальными атрибутами, а должны выявляться прежде всего на основе содержательных критериев, которые сводятся к выяснению следующих вопросов:

оказывает ли правовой акт общерегулирующее воздействие на общественные отношения;

содержатся ли в нем предписания о правах и обязанностях персонально не определенного круга лиц — участников соответствующих правоотношений;

рассчитан ли он на многократное применение.

Таким образом, ключевыми признаками нормативного акта по сравнению с другими формами права, также содержащими нормы права, является, во-первых, то, что он имеет целью прямое и ясно сформулированное выражение норм права (тогда как, например, судебный прецедент или правовой обычай обуславливают свое содержание, прежде всего, анализом ситуативно-фактического контекста, из которого выводится и с которым непосредственно связано содержание правовой нормы). Во-вторых, нормативный акт, как правило, содержит только правовые нормы, являет собой концентрированное их изложение, часто — системную группировку по родовым категориям, в то время как существенный объем других форм права может занимать сопутствующая информация, проясняющая содержание права, а норма иногда даже не обособляется в тексте.

Методологически, следовательно, нормативный акт — набор абстракций, включающих все возможные жизненные ситуации и применяемых дедуктивным путем. Это и отличает их от других форм права — например, судебные прецеденты воплощают не абстрактное, а казуальное регулирование, а общие понятия о норме выводятся индуктивным методом. Нормативные акты поэтому являются основным способом, при помощи которого органы государства прямо и недвусмысленно направляют всем субъектам права свою волю регулирования общественных отношений.

Одной из главных задач и одновременно преимуществом нормативного правового акта в качестве формы права постулируется его способность обеспечить правовую определенность и формальное равенство. Предполагается, что наглядно зафиксированные в опубликованном тексте нормативного акта формулировки, одинаковые для всех субъектов права на территории государства, должны обеспечивать равное ко всем отношение государства и единообразное правоприменение. Не удивительно поэтому, что началом эпохи нормативных актов в качестве доминирующей формы права стало время буржуазных революций, провозгласивших всеобщее формальное равенство и стремившихся найти способ его воплощения. Суть данного подхода символизировали идеологи Великой Французской революции, которые высекли основные положения Декларации прав человека и гражданина на каменной стене в центре города (прообраз официального опубликования), чтобы любой и каждый мог ознакомиться со своими правами, быть уверенным в их публичности и неприкосновенности, а при необходимости — апеллировать к этому источнику для защиты личности, свободы, имущества. Таким образом, нормативный правовой акт вытеснил излюбленную монархами и другими феодалами практику обычного права, не имевшую столь прочной содержательной основы с ясным механизмом доведения ее до всеобщего сведения и внесения в нее изменений.

Этим обусловлено одно из главных требований, предъявляемых к процессу издания нормативных актов, которое закономерно приобрело значение его признака в качестве формы права — доведение до всеобщего сведения (обнародование). Нормативный акт может достичь поставленных перед ним целей только если его текст распространен надлежащим образом среди всех потенциальных субъектов его действия и если к тексту обеспечен беспрепятственный доступ. Это напрямую влияет не только на возможность обеспечить правовую определенность в обозначенном смысле, но и на легитимность последующего применения презумпции знания закона органами правоприменения. В современном мире одним из основных способов доведения нормативных актов

до всеобщего сведения является официальное опубликование, которое, как отметил Верховный Суд России, призвано обеспечить неотъемлемую возможность ознакомиться с его содержанием тем лицам, права и свободы которых он затрагивает¹.

Для квалификации правового акта в качестве нормативного решающее значение имеют не формальные признаки, а содержательное наличие нормативных свойств. К примеру, далеко не все указы Президента Российской Федерации или постановления ЦИК являются нормативными актами, поскольку они фактически содержат не нормы права, а индивидуальные распорядительные предписания (например, указы о награждении, поощрении, назначении федеральных судей, об отставке высших должностных лиц субъектов федерации и т.п.). Более того, даже законы не всегда состоят полностью из норм права, отвечающих всем признакам права. Например, ч. 2 ст. 20 Федерального закона от 17.05.2007 № 82-ФЗ предусматривает, по сути, распорядительное предписание конкретным лицам, которые должны предпринять указанные действия в указанный период времени.

Существуют и противоположные примеры, когда акты органов, привычно не относящиеся к нормативным, фактически ими являются. Например, зачастую в разъяснениях законодательства, которые дают органы исполнительной власти или высшие судебные инстанции, можно встретить фактически самостоятельные нормы, не отраженные в законе. В таком случае ориентиром служит обозначенная выше позиция Конституционного Суда России: если правовой акт обладает свойствами, позволяющими применять его в качестве обязывающего предписания общего характера, то его облечение в форму разъяснения само по себе не может быть достаточным основанием признания его ненормативным правовым актом.

Таким образом, нормативный правовой акт — формально определенный (документарный) акт, принятый компетентным государственным органом или иным субъектом, наделенным правотворческими полномочиями, который содержит предписания общего характера (нормы права), адресованные индивидуально-неопределенному кругу лиц и рассчитанные на неоднократное применение.

3.2. Правовой прецедент

Понятие правового прецедента непосредственно связано с общим понятием прецедента в качестве междисциплинарного феномена. Во-пер-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.11.2018 № 50 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 2.

вых, прецедент — всегда случай, произошедший в определенный момент. Из этого следует, что прецедент как внешнее объективное явление имеет непосредственное выражение в материальной действительности и представляет собой целую совокупность (комбинацию) жизненных обстоятельств. Важной чертой прецедента является его реальность в прошлом, а не предположительность наступления в будущем. Это отличает прецедент от абстрактных рассуждений, мнений, убеждений и теорий. Во-вторых, случай приобретает прецедентный характер лишь тогда, когда он был разрешен (ему было придано определенное значение) в прошлом. Это отличает прецедент от любых других жизненных ситуаций, которые имеют место каждый день. В-третьих, разрешение прецедента в прошлом должно завершиться с такой степенью значимости для субъекта, чтобы сохранять последующее влияние в качестве примера действий, которые следует предпринять в будущем при наступлении аналогичных обстоятельств.

Можно утверждать, что любой правовой прецедент обладает названными признаками, а правовым он становится благодаря введению дополнительных условий — собственно, юридических. С одной стороны, речь идет уже не о любой жизненной ситуации, а о такой, которая требует именно правового вмешательства (урегулирования). С другой стороны, решение по этой ситуации принимается не любым авторитетным лицом (старшим товарищем, мудрецом, медиатором), а уполномоченным органом государственной власти, что связывается опять же с монополией государства на создание права.

Не вызывает сомнений, что именно судебная власть по характеру ее полномочий и ее средствам (механизмам, процедурам) способна осуществлять полное и всестороннее рассмотрение конфликтных ситуаций. Поэтому в отдельных правовых системах принимаемые судебной властью решения по конкретным делам исторически предназначены не только для изолированного разрешения текущего спора без осмысления глобального значения применяемого подхода и его последствий, но для разрешения проблемного вопроса в целом, понимая, что подобные ситуации могут впоследствии повторяться с другими лицами, в других местах, при других, но схожих обстоятельствах. Такие решения сформировали устойчивое понятие судебного прецедента. Главный признак судебного прецедента, отличающий его от обычных судебных решений в романо-германских (континентальных) системах — это нацеленность на урегулирование отношения как такового, а не действие по принципу «решить и забыть».

Внешнее выражение прецедента — комбинация жизненных обстоятельств — придает ему свойство юридического состава (совокупности

юридических фактов). Поэтому, хотя на поверхности лежит факт издания судом властного решения, ключевое значение имеют именно сопутствующие и предшествующие ему факты самого жизненного случая. В системе прецедентного права они имеют особое значение, поскольку отличительной чертой прецедентного регулирования является свобода от закона в привычном формально-юридическом смысле. Если бы судьи для решения дел только применяли закон, а в последующих делах ориентировались на предыдущие решения, основанные на законе, то такая система ничем не отличалась бы от обычной правоприменительной деятельности судов в системах континентального нормативно-правового регулирования. В действительности системы общего права — Англии, США и др. — выделяют в самостоятельную правовую семью благодаря тому, что они создали нечто особенное и отличное от других стран, а именно, сочетание автономных правовых систем — прецедентного права и законодательного (статутного) регулирования. Судебные решения, имеющие целью только привести в исполнение букву писаного закона, не являются прецедентами.

В данном аспекте необходимо понимать, что деятельность судов англо-американских государств с самого начала имела характер и формы, отличавшиеся от континентальной Европе. В условиях разрозненности и разобщенности английского общества, особенно после анархии 1138–1153 гг., короли Англии нашли решение не в централизованной разработке и одностороннем утверждении статутов, действительный смысл которых зачастую не выходил из стен резиденции монарха, а в санкционировании справедливого механизма: с одной стороны, не произвольного (одобренного короной), с другой — позволяющего децентрализованно регулировать отношения, возникающие на местах, тщательно исследуя все обстоятельства и подбирая наиболее подходящее решение. Кларендонская, Великая (Виндзорская) и ряд «младших» королевских ассиз XII века учредили такой механизм, неотъемлемыми элементами которого стали не только королевские судьи, но также шериф и, что еще важнее, жюри «местных мужей» (*jury of local man*). Судебные прецеденты, таким образом, нашли легитимную опору в самом обществе — в институте жюри, который Глэнвилл назвал «благим даром», «проистекающим из наивысшего равенства». Со временем самостоятельное развитие такого автономного и децентрализованного правового механизма привело к возможности его противопоставления избыточной политической власти с целью защиты основных прав задолго до того, как буржуазные революции сделали это всеобщим явлением [Аубакирова И.У., Бережнов А.А., 2022: 359]. В том числе поэтому английским судам нередко приписывают не свойственную, на первый

взгляд, данному роду органов роль кардинального элемента демократии [Pound R., 1941: 133–134]; [Steilen M., 2011: 437–439].

Таким образом, при формировании правового решения судьи в рамках системы прецедентного права издавна прибегают не к дедуктивной обработке формальных предписаний и обобщенных родовых понятий, а к всестороннему анализу ситуации и к источникам права, лежащим за рамками законодательных текстов. В частности, труды одного из наиболее авторитетных в истории США судей и теоретиков права — О. Холмса показывают, что источником судебного общего права (*common law*) являются закономерности опыта, выявляемые эмпирическим путем в повседневной жизни общества применительно к конкретным ситуациям, в том числе при помощи жюри.

Судебные прецеденты, в отличие от судебных решений континентальных судов, имеют особую структуру. Классический судебный прецедент излагается на десятках и даже сотнях страниц, и лишь небольшая его часть является непосредственно правом (нормой права — *ratio decidendi*). *Ratio* — это общий смысл правовых суждений, непосредственно относящихся к предмету спора. Остальная часть относится к «попутно сказанному» (*obiter dictum*) и включает анализ фактологического и социально-правового контекстов, судебную аргументацию, в том числе описание опыта разрешения аналогичных или однородных вопросов прошлыми поколениями судей и жюри. Указанная структура не является жесткой и формально выраженной. Одним из главных навыков юриста в системе общего права считается как раз умение извлекать *ratio* из полного текста судебного рассуждения, отделяя от убеждающих аргументов ключевой факто-ориентированный смысл самого решения, к которому можно апеллировать для применения в последующих делах с аналогичными фактическими обстоятельствами.

Таким образом, отличительными чертами судебного прецедента являются: свобода от писаного законодательства, связь содержания правовой нормы с совокупностью фактических обстоятельств (казуальность), отсутствие процедуры целенаправленного проектирования правовой нормы.

Описанная сущность судебного прецедента как формы права имеет ряд теоретических достоинств и недостатков. Во-первых, прецедентная форма выражения права сводит к минимуму возможность малоэффективных предположений, презумпций и фикций в качестве регулятивных конструкций. Во-вторых, она предполагает исключительную целесообразность введения новых правил поведения. При разработке нормы закона одним из самых серьезных и дискуссионных является вопрос о ее целесообразности (общественной значимости). В случае с судебным прецедентом данный вопрос отпадает сам собой, ведь если социальное

противоречие (спор) проявило неспособность других социальных регуляторов разрешить его без суда, то создание прецедента несет неоспоримую значимость для общества и влечет релевантные последствия.

В то же время прецедентное регулирование издавна вызывает разной степени обоснованную озабоченность политиков и юристов, сомневающих в его демократизме из-за отсутствия очевидной связи с формами прямого народовластия. Помимо этого, в обращении с судебными прецедентами не обойтись без профессиональных навыков, получаемых только путем юридического образования и практики, в связи с чем непосредственная доступность рядовых граждан к этой форме права крайне мала. В совокупности с действием жесткого требования «стоять на решенном, даже если рухнет небосвод» (неукоснительно решать дела по образцу — доктрина *stare decisis*) указанные недостатки привели к тому, что с началом XX в. пальма первенства в английском правотворчестве перешла к парламенту, в распоряжении которого имеется более гибкая система норм, теоретически готовая к принципиальным правовым реформам политическими средствами.

На основе всего изложенного ответ на часто задаваемый вопрос, является ли судебный прецедент формой права в России, ясен — не является. Понятие судебного прецедента как самостоятельной формы права является общепринятым и устойчивым в юриспруденции, оно неразрывно связано с особенностями развития альтернативной системы правотворчества — англо-американской. Это понятие складывалось веками, его использовали задолго до настоящего времени для обозначения конкретного правового явления с описанными признаками и свойствами. В этом понимании судебного прецедента в России не существует. Нельзя в одночасье взять обычные судебные решения и объявить их особой версией судебного прецедента, будто он может пониматься по-своему каждым юристом. Это противоречит фундаментальным законам логики, из которых следует, что если у кого-то к любому уже устоявшемуся значению понятия имеется «свое понимание», то это означает, что у такого человека понятия о рассматриваемых явлениях в общепринятом смысле нет вообще [Мигунов А.И., 2023: 67–68]. Что касается элементов судебного правотворчества, таких как правовые позиции высших судов, то они присущи не только российской, но и любой другой континентальной правовой системе, однако, ни в одной из них юристам не пришло в голову всерьез вести речь о судебных прецедентах. Вышеупомянутый член Верховного Суда США О. Холмс недвусмысленно предостерегал от понимания судебного правотворчества в качестве прямой «промульгации норм». Прецедентная норма подлежит выведению из множества дел [Holmes O., 1870: 3–4].

Правовые позиции континентальных судов являются противоположностью прецедента, поскольку имеют больше сходства с ранее рассмотренными признаками и свойствами нормативного правового акта, а отличаются, по сути, лишь принадлежностью издающего органа к той или иной ветви власти и, возможно, степенью конкретизации создаваемой нормативной формулировки. Одним из ярких примеров стал обзор Президиума Верховного Суда России от 21.04.2020², последовавший за введением властями беспрецедентных мер борьбы с COVID-19, когда, очевидно, никак не могла сложиться необходимая судебная практика ее обобщения и разъяснения. Судебный орган действовал фактически на опережение, дав обязательное толкование законодательства без привязки к каким-либо спорам и фактическим обстоятельствам, т.е. по сути, моделировал потенциально возможные ситуации в своем сознании, как это делает законодатель. Помимо прочего, нельзя забывать, что, по общему правилу, ни один суд в России не может принять решение, абсолютно свободное от закона, и обязательно подкрепляет свое суждение каким-либо положением нормативного акта, пусть даже самым абстрактным образом.

3.3. Правовой обычай

Одной из древнейших форм права является правовой обычай. Он появляется уже в первобытных государственных образованиях, а простота его применения коррелирует с простотой организации власти, еще не контрастно отделенной от общества. Поэтому отличительной чертой обычного права, как и прецедентного, является свобода от писаного законодательства, что понятно — и то, и другое формируется децентрализованно и черпает правовое содержание в жизненных ситуациях (общественной практике), а не в языке формально утвержденного текста.

Как справедливо отмечал профессор А.Д. Градовский, сила обычая заключается в том, что он является результатом «народного творчества», в преемственности его развития, всеобщности убеждения в его достоинствах [Градовский А.В., 1880: 116]. Действительно, правовой обычай есть частный случай обычая как такового, поэтому разделяет его характеристики, положительно влияющие на его легитимность и действенность: в отличие от форм позитивного права, которые исходят сверху от государственной власти, обычаи как социальная практика зарождаются в самом обществе без давления извне, а их многократное применение, оттачивание и наглядный практический результат приводят к тому, что участники обычной практики сами заинтересованы в ее реализации.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 5.

Вместе с тем не любой обычай может стать правовым, т.е. приобрести признаки общеобязательности в качестве формы объективного права. Если бы не был решен вопрос о том, как формализовать обычай в целях права, то невозможно было бы обеспечить правовую определенность. Так, любая в меру репрезентативная группа лиц могла бы утверждать, что сформировала правовой обычай, а сторона в споре при необходимости могла бы к нему апеллировать. Данный вопрос решается с позиции монополии государства в сфере создания права — обычай становится правовым, если официально признается (санкционируется) государством. При этом издание нормативного акта является далеко не самой распространенной формой признания правового обычая. Так, на основании ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации и аналогичных положений других континентальных кодексов частного права обычай может быть признан обязательным в судебном порядке. При этом названное законоположение указывает на ключевые признаки правового обычая: это правило поведения, сложившееся на практике (в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности), широко применяемое, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

Один из современных примеров — суды ввиду развития и широкого применения цифровых технологий стали часто признавать соблюденными требования к направлению и доставке деловой переписки между предпринимателями по электронной почте, хотя раньше в этих целях применялись только официальные понятия юридического адреса или адреса местонахождения. Таким образом, правовой обычай может быть санкционирован любой из ветвей государственной власти, а судебное санкционирование ввиду самой природы судебной деятельности государства предполагает всестороннее исследование достаточного количества свидетельств широкого применения обычая в их совокупности.

Одним из наиболее распространенных видов правового обычая в современном мире является международно-правовой обычай. Субъектами международного права являются государства, реализующие свой суверенитет в отношениях друг с другом. Любая деятельность международных организаций, в первую очередь деятельность ООН, непосредственно связана с понятием государственного суверенитета, одновременное целенаправленное устремление которого каждым из государств в сторону международной организации наделяет ее международной (вненациональной) правосубъектностью и насыщает публично-правовыми полномочиями. Именно исходя из этого международное право, включая обычное, разделяет все признаки права вообще, включая общеобязательность для государств, признавших соответствующую международную юрисдикцию.

Комиссия международного права ООН систематизировала признаки международно-правового обычая³, которые весьма полезны в целях понимания правового обычая вообще. Так, во-первых, в качестве конститутивных элементов обычая выделены всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы. Во-вторых, Комиссия обобщила возможные формы деятельности, которые могут рассматриваться как свидетельства наличия правового обычая (формы практики). Они включают как материальные акты (нормотворческая, судебная, договорная работа), так и вербальные (поведение, публичные заявления). Сказанное наглядным образом подтверждает давнее наблюдение, что одна из главных особенностей правового обычая в том, что это некодифицированная форма права, которая по крупицам собирается, обобщается и затем санкционируется уполномоченным публично-правовым образованием.

Описанная природа правового обычая обуславливает его достоинства и недостатки в качестве формы права. С одной стороны, естественность процесса формирования правового обычая и его неотделимость от общественной практики позволяют обеспечить достаточный уровень согласия между объективным правом и потребностями субъектов права (субъективным чувствованием взаимных прав и обязанностей), что считается одной из самых труднодостижимых задач для любой другой формы права. С другой стороны, отсутствие подробного текстуального описания и, как следствие, содержательных границ может вести к разночтениям и спорам о толковании правового обычая в той или иной ситуации. Это не может не оказывать негативного влияния на состояние правовой определенности.

Таким образом, правовой обычай — это сложившееся в результате естественного хода общественной жизнедеятельности и нашедшее широкое применение правило поведения, признанное публично-правовым образованием в качестве обязательного.

3.4. Правовая доктрина

Доктрина как источник права зародилась в римском праве и продолжила существование в системах общего права в качестве авторитетных комментариев и обобщений правовой практики. В таком смысле доктрина не предполагает преобладания субъективного мнения того или иного юриста в качестве источника права. Напротив, авторитетность

³ Генеральная Ассамблея ООН. Официальные отчеты. 73-я сессия. Дополнение №10 (A/73/10). Available at: URL: <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/russian/cover.pdf> (дата обращения: 30.01.2024)

научных трудов достигается именно за счет того, что ими осмыслены результаты объективного исследования, основанного на практике историко-правового исследования с применением научных методов. Фактически речь идет об обращении к научному обобщению фактически действующего права, а не ко взглядам юриста на это право или на праве вообще и, тем более, не о его субъективном мнении о том, каким право должно быть. Влияние субъективного мнения на выводы о содержании права в трудах, которые могут стать правовой доктриной — формой права, минимально.

Историческим примером такой правовой формы общепринято считаются Институции Гая, а составленные по такому же принципу У. Блэкстоном Комментарии к законам Англии до сих пор применяются английскими и американскими судами. В США к таким авторитетным трактатам относятся Комментарии к американскому праву Дж. Кента, а также Комментарии к Конституции США и Комментарии к праву справедливости, составленные Дж. Стори. В отличие от этих примеров в России и странах континентальной Европы сочинения ученых-юристов, как правило, не признаются легитимным правовым источником, на который суд вправе непосредственно ссылаться при вынесении решения. Кроме того, не следует путать правовую доктрину в обозначенном смысле и судебные доктрины как обобщение смысла прецедентной практики — последняя является самостоятельной формой права в англо-американских системах. Помимо сказанного, доктрина признается источником права в арабских странах (так называемый фикх), однако ее принято рассматривать в качестве одной из форм религиозного права, поскольку она является результатом трудов не столько юристов, сколько богословов.

Таким образом, правовая доктрина — это труды наиболее опытных и авторитетных исследователей национального права, которые признаются государством в качестве достоверного источника объективных знаний о правовых нормах и которые могут применяться судами в качестве таковых.

3.5. Формы религиозного права

В отличие от религиозных норм как одного из видов социальных регуляторов, не являющихся правом, религиозные юридические нормы обладают всеми признаками права и порождают все соответствующие правовые последствия для субъектов, подпадающих под их действие. Религиозное право является результатом одной из разновидностей санкционированного правотворчества — государство остается силой, обеспечивающей юридическую силу этих норм, они становятся правом только и именно в результате придания им общеобязательной силы.

Религиозное право было широко распространено в средневековье, когда государство и церковь выступали равноценными соперниками в публичной политике. Государственные и церковные институты тесно взаимодействовали в вопросах осуществления власти, а иногда даже структурно переплетались. Научно-технический прогресс, Великая Французская революция и последующие демократические движения в странах континентальной Европы привели к секуляризации власти и практически повсеместному отделению церкви от государства, власть приобрела светский характер.

Вместе с тем в современном мире одной из самых распространенных форм религиозного права остается шариат: совокупность норм мусульманского права, источниками которого являются Коран — священная книга ислама, Сунна — традиции, связанные с посланием Бога, иджама — «единое соглашение мусульманского общества» (высказывания проповедников), и кияс — суждение по аналогии (толкование Корана и Сунны) [Давид Р., 1967: 388]. На территории исламских государств (Алжир, Афганистан, Египет, Катар, Ливия, Мальдивы, Марокко, Объединенные Арабские Эмираты, Саудовская Аравия, Палестина, Ирак, Иран и др.) шариат применяется как полноценный государственный закон, поскольку сама сущность этих государств неотделима от религии (они не являются светскими, а религиозная власть предшествует государственной).

Другим примером религиозного права сегодня являются сохраняющие ограниченное действие источники христианского канонического права. Суверенитет Святого престола подтвержден Латеранскими соглашениями 1929 г., он является политически нейтральным субъектом международных отношений. Римско-католическая церковь издавна имеет разветвленную административно-управленческую структуру, уровень развития которой не уступает ведущим государствам. В частности, одной из старейших дикастерий (конгрегаций) римской курии является Дикастерия доктрины веры, следящая за чистотой вероучения и разрабатывающая нормы канонического права. Эти нормы стали инструментом, регулирующим внутреннюю организацию Папского государства, отношения между церковными органами, верующих и государства, некоторые отношения в жизни верующих. Общеобязательными становятся нормы, содержащиеся в энцикликах, апостольских конституциях и других актах, провозглашаемых главой церкви *ex cathedra*, т.е. официальным образом, при исполнении им своих обязанностей учителя и пастыря всех католических христиан (буквально — с кафедры, в присутствии кардиналов и других епископов). В 1917 г. таким образом был принят Кодекс канонического права. Каноническое право сегодня

работает больше по персональному, нежели территориальному принципу. Святому престолу подчиняется только небольшая суверенная территория Ватикана, однако римско-католическая церковь имеет разветвленную сеть представительств (церквей) по всему миру, включая количество членов, признающих ее юрисдикцию, которое превышает численность населения многих государственных образований.

Как теоретические преимущества, так и теоретические недостатки форм религиозного права связаны с самим источником их уникальности и их ключевой конструктивной особенностью — неразделимостью вопросов права и вопросов религии. С одной стороны, действенность религиозного права растет за счет подкрепления легитимности его норм утверждением о наличии дополнительного сверх-авторитета, воля которого изложена в священных текстах (источниках права) и который неизбежно привлечет нарушителей к ответственности, даже если с этим не справится государство. С другой стороны, в отличие от светских форм права, религиозные юридические нормы создаются вне принципа научной обоснованности и в значительной степени опираются на непостижимые иррациональные категории, которые теоретически могут быть использованы недобросовестными проповедниками для подмены истинных правовых смыслов священного писания личными трактовками для достижения определенных целей.

Таким образом, религиозное право — это закрепленные в священном писании, других религиозных текстах и актах церкви (религиозных должностных лиц) юридические нормы — правила поведения, которым государство придает признак общеобязательности, обеспечивая их исполнение.

Заключение

Тематика источников и форм права уже много лет считается достаточно исследованной и рассматривается большинством юристов с позиции теоретической догмы, сформулированной задолго до того, как социальная реальность претерпела кардинальные изменения под влиянием прогресса, политических событий и свободно развивающейся правовой мысли. Информационные технологии повлияли на подходы к официальному опубликованию нормативных актов и обусловили постепенное повышение требований к их системности, правовой определенности; они повлияли и на доступ к правосудию и систематизацию прецедентного права; официальное признание неотчуждаемости основных прав и развитие социолого-правовых исследований стимулируют познание права как целостного феномена, не замыкающегося только лишь в официальных актах — стандартных формах права. Эти глобаль-

ные социальные процессы и новации государственно-правовых практик, не поддающиеся под догматические рамки и стереотипное правовое мышление, изучались юристами, как правило, от случая к случаю, в рамках узконаправленных исследований. Однако по-прежнему актуален вопрос о плавном обновлении обобщений в масштабах общей теории прав — в той части, которая касается форм правовой деятельности государства и движущих ее сил, в том числе за счет осмысления ранее обнаруженных закономерностей применительно к новым эмпирическим данным. Настоящее исследование показало, что многие теоретические категории, сформированные дореволюционными отечественными правоведами, сохраняют актуальность при условии гибкого их применения к нынешним реалиям, т.е. надлежащего определения их содержательной части, не имеющей нераздельной связи с временем их написания, но отражающей закономерности развития государства и права вообще.

В качестве вводных положений, предлагающих открыть дискуссию об обновлении теоретической базы, допустимо выделить следующие.

Бессистемное и неосознанное смешение понятий о форме права и об источнике права ограничивает юридическое знание только внешними и формальными явлениями, абсолютизируя роль государства и превознося его над правом даже если это не отражает процессов, происходящих в обществе не только под государственным руководством, но и под влиянием социальных, экономических, духовных, научно-технических и других факторов. Такой подход не всегда способен дать минимально необходимое понятие о силах, создающих право, изображая его как данность, как вещь-в-себе. В аспекте мастерства юридической профессии такое понимание выглядит чересчур упрощенным, оно доступно любому обывателю. Поэтому актуальной для современного юриста остается необходимость ясного понимания соотношения источников права и его форм, как оно зарождалось в классике отечественной юриспруденции.

Источники права могут быть классифицированы на объективные и субъективные, первичные и вторичные, реальные и мнимые. Сложно-составные категории (например, дух нации, общая воля), сочетающие в себе признаки первичных источников — разума, веры, опыта, усложняют и без того труднодостижимые понятия, порождая дискуссии о возможности их «вычисления». Когда возможность такого вычисления не очевидна, встает вопрос: какой более простой фактор в действительности является источником права.

При квалификации правовых актов в качестве нормативных главное значение имеют нормативные свойства (содержание), а не внешнее выражение документа (даже если это закон). Этот принцип имеет и обратное действие: чтобы нормативный акт достиг своих целей (обеспечить

определенность, формальное равенство), его необходимо составить надлежащим образом, содержание его структурных единиц должно соответствовать критериям нормативности. Критерии, некогда считавшиеся лишь признаками нормативного акта, сегодня преобразовались в требования к его содержанию (например, правовая определенность). Без соблюдения этих требований акт, даже внешне оформленный как нормативный, в действительности им не станет, так как из-за объективной неопределенности его содержания точкой отсчета права будет не этот акт, а субъективное сознание разработчика или толкователя, из которого право фактически будет появляться. В таком случае содержание права черпается из субъективного источника, а не из формы объективного языка юридической коммуникации.

Понятие судебного прецедента как самостоятельной формы права является общепринятым и устойчивым в юриспруденции, оно неразрывно связано с особенностями развития альтернативной системы правотворчества — прецедентного права (англо-американской правовой семьи). Это понятие складывалось веками, его используют для обозначения конкретного правового явления с понятными признаками и свойствами. В этом понимании судебного прецедента в России не существует.

Обычай как самая древняя форма права до сих пор сохраняет свои признаки и свойства. Сегодня одной из самых распространенных форм обычного права стал международно-правовой обычай, применяемый государствами и международными судами. Они развили понимание о самых разнообразных формах социальной практики, которые могут восприниматься как свидетельства сложившегося правового обычая. Однако с ростом количества этих разнообразных форм, которым начинают придавать свойство легитимности, может постепенно утрачиваться прочная основа юридической определенности — субъекты, наделенные компетенцией признавать наличие обычая, могут манипулировать комбинациями различных свидетельств социальной практики для объяснения сложившегося обычая или, напротив, для его отрицания.

Правовая доктрина как форма права не предполагает преобладания субъективного мнения того или иного юриста. Фактически речь идет об обращении к научному (методологически обусловленному) обобщению фактически действующего права, а не ко взглядам юриста об этом праве или о праве в целом и, тем более, не о его субъективном мнении, каким право должно быть.

Хотя для большинства государств ныне характерны светская природа и методы осуществления власти, религиозные формы права сохраняют значительное влияние в исламских государствах (классическая территориальная юрисдикция) и в канонической практике римско-католической

церкви («персональная» юрисдикция). Неразрывная связь религиозных юридических норм с вопросами веры повышает их легитимность среди верующих, но также увеличивает вероятность субъективного влияния отдельных лиц на их содержание. Аналогичный вывод может следовать и в отношении других априорных иррациональных категорий, которые не связаны с верой, но к которым апеллируют законотворцы и правоприменители как к самой данности без достаточных и логически точных обоснований (в отличие от научного подхода к праву).

Дальнейшее исследование источников и форм права остается актуальным ввиду проблем, которые на практике порождает стереотипное понятие о них. Так, например, интересно наблюдение, что Конституция США во многих своих положениях фактически не является нормативным правовым актом, содержащим формальные предписания — нормы. Внешне это, конечно, такой же документ, как и любые другие законы. В действительности у ряда ее положений нет нормативных свойств в том понимании, которое присуще большинству английских статутов или европейских законов. О. Холмс объяснял, в том числе с опорой на практику Верховного Суда США, что фактически многие положения американской конституции отражают концепции, идеи и принципы, сложившиеся в практике общего права, и искать ее содержание следует именно в опыте, а не в логическом толковании текста. Как видно из данного примера, понимание сущности того или иного правового акта в качестве источника или формы права часто имеет далеко не теоретическое значение — без него невозможно определить действующий механизм поиска и применения правовых норм в отдельно взятой правовой системе.



Список источников

1. Аубакирова И.У., Бережнов А.А. и др. Право. Порядок. Ценности.: М.: Блок-Принт, 2022. 688 с.
2. Бергель Ж.-Л. Общая теория права. М.: NOTA BENE, 2000. 575 с.
3. Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2005. 48 с.
4. Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов. Конституционные суды и законодательные органы — друзья и соперники на арене конституционной политики // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2. С. 22–45.
5. Гегель Г. Энциклопедия философских наук. Т. 1. М.: Мысль, 1974. 452 с.
6. Градовский А.Д. Государственное право: лекции, читанные в 1880–1881 академическом году. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1880. 472 с.
7. Гусев С.С., Караваев Э.Ф. и др. Логика. М.: Проспект, 2023. 680 с.
8. Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1967. 400 с.

9. Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб: Общественная польза, 1903. 532 с.
10. Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. 306 с.
11. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Магазин Н.К. Мартынова, 1909. 364 с.
12. Куликов М.А. Манипулирование юридическими целями: понятие и признаки // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Т. 16. № 2. С. 213–240.
13. Михайловский И.В. Очерки философии права. Т.1. Томск: Изд. кн. маг. В.М. Посохина, 1914. 632 с.
14. Стоилов Я. Принципы права: понятие и применение. М: Проспект, 2023. 312 с.
15. Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4. М.: Статут, 2016. 496 с.
16. Avila H. *Theory of Legal Principles*. Berlin: Springer, 2007. 168 p.
17. Holmes O. Codes, and the Arrangement of the Law. *The American Law Review*, 1870, vol. 5, iss. 1, p. 1–13.
18. Posner R. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 1998. 802 p.
19. Pound R. The Place of the Judiciary In : A Democratic Polity. *American Bar Association Journal*, 1941, vol. 27, no. 3, pp. 133–139.
20. Steilen M. The Democratic Common Law. *The Journal of Jurisprudence*, 2011, no. 10, pp. 437–485.



References

1. Aubakirova I.U., Berezhnov A.A. et al. (2022) *Law, Order, Values*. Moscow: Block-Print, 688 p. (in Russ.)
2. Avila H. (2007) *Theory of legal principles*. Berlin: Springer, 168 p.
3. Berzhel` J.-L. (2000) *General theory of law*. Moscow: NOTA BENE, 576 p. (in Russ.)
4. Boshno S.V. (2005) *Form of law: a theoretical study*. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 48 p. (in Russ.)
5. David R. (1967) *Basic contemporary legal systems*. Moscow: Progress, 400 p. (In Russ.).
6. Gadzhiev G.A. (2008) Principles of law and law of principles. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*=Comparative Constitutional Review, no. 2, pp. 22–45 (in Russ.)
7. Gradovskiy A.D. (1880) *Lectures on state law*. Saint Petersburg: Stasulevich, 472 p. (in Russ.)
8. Gusev S.S., Karavaev E. F. et al. *The Logic*. Moscow: Prospect, 680 p. (in Russ.)
9. Hegel G. (1974) *Encyclopedia of Philosophy*. Vol. 1. Moscow: My'sl', 452 p. (in Russ.)
10. Holmes O. (1870) Codes and the arrangement of the law. *The American Law Review*, vol. 5, issue 1, pp. 1-13.
11. Jellinek G. (1903) *General theory of the state*. Saint Petersburg: Obschestvennaya pol'za, 532 p. (in Russ.)
12. Kokoshkin F.F. (1912) *Lectures on the general theory of state law*. Moscow: Bashmakov, 306 p. (in Russ.)

13. Korkunov N.M. Lectures on the general theory of law. Saint Petersburg: Martynov Printing, 364 p. (in Russ.)
 14. Kulikov M.A. (2023) Manipulation by means of legal goals: concept and characteristics. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 16, no. 2, pp. 213–240 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2023.2.213.240.
 15. Mixailovskiy I.V. (1914) Essays on legal philosophy. Vol. 1. Tomsk: Posoknin Printing, 632 p. (in Russ.)
 16. Posner R. (1998) *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 1998. 802 p.
 17. Pound R. (1941) The place of the judiciary. In: A Democratic Polity. *American Bar Association Journal*, vol. 27, no. 3, pp. 133–139.
 18. Shershenevich G.F. (2016) Selected works. Vol. 4. Moscow: Statute, 496 p. (in Russ.)
 19. Steilen M. (2011) The democratic common law. *The Journal of Jurisprudence*, no. 10, pp. 437–485.
 20. Stoilov Ya. (2023) *Principles of law: definition and implementation*. Moscow: Prospect, 312 p. (in Russ.)
-

Информация об авторах:

Е.А. Фролова — доктор юридических наук.

Б.В. Лесив — кандидат юридических наук.

Information about the authors:

E.A. Frolova — Doctor of Sciences (Law), Professor.

B.V. Lesiv — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor, Research Fellow.

Статья поступила в редакцию 31.07.2023; одобрена после рецензирования 10.01.2024; принята к публикации 03.02.2024.

The article was submitted to editorial office 31.07.2023; approved after reviewing 10.01.2024; accepted for publication 03.02.2024.