

УДК 67.0

DOI: 10.34670/AR.2022.83.82.043

Понятие и виды источников (форм) права

Зарецкая Марина Гаруновна

Кандидат юридических наук,
доцент кафедры административного и уголовного права,
Майкопский государственный технологический университет,
385000, Российская Федерация, Майкоп, ул. Первомайская, 191;
e-mail: zarmarina76@mail.ru

Хлебникова Анна Андреевна

Кандидат юридических наук,
доцент кафедры правовых дисциплин,
Адыгейский государственный университет – филиал в г. Белореченске,
352635, Российская Федерация, Белореченск, ул.8-го Марта, 57/1;
e-mail: stakhova69@mail.ru

Мирзоян Регина Эдуардовна

Кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского и арбитражного процесса,
Адыгейский государственный университет,
385000, Российская Федерация, Майкоп, ул. Первомайская, 208;
e-mail: mir-regina@yandex.ru

Аннотация

Сегодня источники права являются важнейшим средством правового регулирования, которые обеспечивают стабильность и упорядоченность общественных отношений. От понимания права во многом зависит постановка задачи научных исследований, а также общая ориентация юридической практики. Задача познания заключается в том, чтобы за многообразными проявлениями права на поверхности общественной жизни попытаться найти его действительную сущность, социальную природу и общечеловеческую ценность. Проанализировав мнения ученых, авторы приходят к выводу о том, что источники права должны представлять собой единое понятие, соответствующее сущности права. В связи с этим подразделение единого понятия «источник права» на понятия в различных смыслах не имеет под собой достаточных научных оснований. Источники права как в теории государства и права, так и в отраслевых юридических науках чаще всего понимаются в формально-юридическом смысле – как внешнее выражение норм права.

Для цитирования в научных исследованиях

Зарецкая М.Г., Хлебникова А.А., Мирзоян Р.Э. Понятие и виды источников (форм) права // Вопросы российского и международного права. 2022. Том 12. № 4А. С. 29-37. DOI: 10.34670/AR.2022.83.82.043

Ключевые слова

Источник права, материальное право, процессуальное право, правовой обычай, судебный прецедент, юридическая доктрина.

Введение

Право представляют собой уникальный, сложный и общественно необходимый феномен. Научный интерес к праву на протяжении всего времени его существования не только не исчезает, но и возрастает.

По мнению М.И. Абдулаева, «термин "право" во всех языках мира довольно многозначен, поэтому так или иначе отражает многообразные проявления этого многостороннего и многоликого феномена общественной жизни. Сложная внутренняя структура правовой материи дает нам основание говорить о многогранности каждого отдельного элемента правового пространства и различных аспектах и значениях этого социального явления» [Абдулаев, 2004].

Под общесоциальным правом обычно понимают право, которое не выражено в законах или иных актах государства, в то время как юридическим считают законодательное, официально признанное право. Субъективное право – это то, которое принадлежит субъекту – индивиду, учреждению, организации, а объективное право – это общие, абстрактные нормы (в этом смысле говорят, например, о российском или французском праве, говорили о буржуазном или социалистическом праве, содержащемся в тех или иных актах – источниках права).

Под частным правом понимают такие правоотношения, в которых участвуют граждане и негосударственные организации, собственной волей реализующие объем установленных законом правоприязаний [Беспалов и др., 2016], между тем как публичное право предполагает право, в котором выражен государственный интерес, правоотношения, в которых участвует государство или его органы.

К «материальному» праву относят все отрасли, регулирующие общественные отношения, за исключением тех, которые складываются в ходе судебной деятельности, а к процессуальному – судебное право, т.е. право обеспечения гарантий гражданской защищенности при осуществлении принудительно-регламентированной реализации прав в спорных и нарушенных отношениях с применением особыми компетентными органами судебных и административных юрисдикционных и иных специфических предписательных властно-полномочных процедур. Гражданское право регулирует имущественные отношения и некоторые личные неимущественные отношения, административное – управленческие отношения, уголовное – отношения, связанные с совершением преступления и применением мер уголовного наказания и т.д.

Основная часть

Как полагает М.Ф. Воронина, «в теории государства и права до сих пор нет единого понимания источника права, а также существует проблема соотношения понятий «источник права» и «форма права» [Воронина, 2007].

Русский юрист Г.Ф. Шершеневич, подчеркивая неоднозначность термина «источник права», писал, что «под этим именем» понимаются также силы, творящие право (волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть и т.п.); материалы, положенные в основу того или иного законодательства (римское право как источник

для Германского гражданского кодекса, труды ученого Потье – для Французского кодекса Наполеона, Литовский статут – для Уложения Алексея Михайловича и т.п.); исторические памятники, которые когда-то имели значение действующего права (*Corpus iuris civilis*, Русская Правда и т.п.); средства познания права. Этот смысл источника права используется, когда говорят, что право можно познать из закона [Шершеневич, 1995].

Современный ученый Р.А. Ромашов пишет, что в теории государства и права источники права рассматриваются в трех смысловых значениях.

1. В качестве источников права выступают общественные отношения, требующие регулятивно-охранительного воздействия со стороны государства и в силу этого обуславливающие появление соответствующих правовых институтов. Такие источники называются материальными. К материальным источникам следует отнести нуждающиеся в правовом регулировании общественные отношения в сфере экономики, политики, социального обеспечения и т.д.

2. Под источниками права понимаются идеи, взгляды, теории, в которых отражается сущность социально-правового регулирования и которые оказывают серьезное влияние на правотворческую и правоприменительную деятельность. Такие источники называются идеальными. К идеальным источникам права следует отнести правосознание, правовую доктрину, правовую культуру и т.п.

3. Источниками права являются сформулированные и принятые в официальном порядке предписания властного порядка, в которых закрепляются общезначимые правила поведения и которые обеспечиваются системой государственных гарантий и санкций. Такие источники называются «формально-юридическими источниками права или формами права» [Ромашов, 2006].

Иногда источники этого типа называют формальными источниками права или вторичными источниками права. Именно в последнем смысле источники права понимаются как в теории государства и права, так и в отраслевых юридических науках. При этом, как правило, подчеркивается, что источник права – это внешняя форма его выражения.

Другой теоретической проблемой является соотношение понятий «источник права» и «форма права». Чаще всего эти понятия отождествляются [Гранат, 1996]. Иногда эти понятия рассматриваются как полностью несовпадающие.

Так, например, В.О. Лучин и А.В. Мазуров считают, что если понятие «форма права» показывает, «как организовано и выражено в нем содержание права, то понятие «источник права» охватывает истоки формирования права, систему факторов, предопределяющих его содержание и формы выражения» [Лучин, Мазуров, 2000].

Некоторые авторы считают источники права составными частями формы права. Так, по мнению А.Б. Венгерова, под формой права понимается объективированное закрепление и проявление содержания права в определенных актах государственных органов, решениях судов, договорах, обычаях и иных источниках [Венгеров, 1998].

В.М. Баранов свои рассуждения начинает с того, что форма сама по себе – это одна из центральных категорий философии. Парной для категории «форма» выступает категория «содержание». Содержание, будучи определяющей стороной целого, представляет единство всех составных элементов объектов, его свойств, связей, состояний, тенденций развития. Форма же есть способ существования, выражения и преобразования содержания.

Наконец, М.Н. Марченко и другие авторы считают, что понятия «форма права» и «источник права» могут как совпадать, так и не совпадать. Они совпадают, когда речь идет о вторичных, формально-юридических или просто формальных источниках права, что уже само по себе

подчеркивает идентичность формы и источника права. Когда же речь идет о первичных источниках права (материальных, социальных и иных факторах, оказывающих влияние на процессы правообразования, правотворчества и законотворчества и предопределяющих их), отождествления источников права с формами права не может быть [Марченко, 2006].

Ряд ученых, особенно представители отраслевых наук, выступают против различного смыслового толкования понятия «источник права». Так, М.В. Баглай и Б.Н. Габричидзе, авторы одного из учебников по конституционному праву, пишут: «Когда об источниках права говорят как о форме правовых актов, то обычно используют термин «источник права в юридическом смысле». Таким путем это понятие отграничивается от понятия «источник права в материальном смысле», под которым понимаются материальные источники формирования права, т.е. условия жизни людей и общества.

Источники права должны представлять собой единое понятие, соответствующее сущности права. В связи с этим подразделение единого понятия «источник права» на понятия в различных смыслах не имеет под собой достаточных научных оснований [Яковлева, 1999].

Таким образом, то, что обычно называют источниками права, можно одновременно назвать формами права. Источники права как в теории государства и права, так и в отраслевых юридических науках чаще всего понимаются в формально-юридическом смысле, как внешнее выражение норм права.

Рассмотрим основные виды источников (форм) права.

Правовые обычаи достаточно хорошо изучены лишь в рамках истории права и государства. Из истории мы узнаем, что еще древние римляне говорили «*optima legum interpret consuetudo*» (лучший толкователь законов – обычай), а согласно известной русской поговорке, «повальный обычай, что царский указ» (в смысле столь же обязателен, что и указ царя).

Особенностью становления обычного права на начальном этапе является то, что оно выражается как юридическое действие (факт). Причем летописи и другие источники расценивают в качестве равнозначных фактов как следующие из права, так и нарушающие его [Самоковасов, 1908]. Четкие предписания, указывающие на обычаи, типичные для того времени, содержатся в совокупности терминов текстов договоров киевских князей с византийскими императорами X в., где этот источник именуется как «ряд», «устав», «покон», «закон русский» [Энциклопедия Брокгауза и Ефрона, www].

На становление правового обычая как источника российского права в период Средневековья влияло и возвышение роли церкви в жизни россиян.

На протяжении XVII – XVIII вв. с помощью обычного права также регулировались и отношения с коренным населением других народов, что прослеживается в нормативных и иных документах того исторического периода – «О нечинении обид и притеснений инородцам» возвещают указы Петра I, Анны Иоанновны, Елизаветы Петровны [Безгин, 2004].

В течение XIX в. процессы, направленные на интеграцию с европейским правом, продолжают. Обычаи без какой-либо систематизации широко применяются в крестьянской среде, особенно это касается имущественных и семейных отношений [Садохина, 2005].

Итак, следует констатировать, что в XIX в. введение, как казалось, в теории «паритетных идей» на практике стало основой для последующей социальной катастрофы.

Создание новой системы советского права предначертало судьбу правового обычая. В первые годы советской власти он еще используется в сфере землепользования и наследования имущества в крестьянской среде.

В целом, законодательство Советского государства было направлено на уничтожение обычного права крестьянской общины. Новое государство, новая концепция развития и новая

идеология способствовали тому, что со временем нравственные критерии были значительно десакрализованы, религиозные идеи и ценности утратили прежнее выражение. В правовой науке официально констатируется полное вытеснение обычного права из правовой действительности Советского Союза. Однако на практике оно продолжает использоваться [Камкия, 2006].

В конце XX в. интерес к обычному праву возрождается. Наряду с существующим кризисом всей правовой системы в целом необходимость признания правового плюрализма становится особенно актуальной, так как его проявление характерно не только для народностей, ведущих «традиционный» образ жизни. Считаем, что причины, обусловившие реставрацию интереса к данному явлению, скрыты в правовом бытии человека, в котором отразились процессы преемственности и прерывистости в историческом развитии конкретного общества, в том числе и «вследствие способности человеческого сознания сохранять на генетическом уровне некие "знания" о мире, накопленные предками».

Исходя из изложенного, можно сделать вывод о том, что факторами, определяющими сущностные характеристики и особенности процесса развития представлений об обычае (в том числе и о правовом обычае), являются следующие: 1) на начальном этапе – их выражение в качестве юридического действия, отсюда их тесная связь с нравственными установлениями; 2) значительная территория, на которой образовывалось Российское государство, определяет слабую связь государственных актов с публичной сферой, неодинаковую реализацию судебных функций, а также широкое распространение обычаев в частноправовых отраслях права; 3) в Средние века связь нравственности с религиозными нормами обуславливает превалирование норм обычного права над законами; 4) централизация власти и неоднократные правовые реформы без учета обычаев заложили возможность использовать одновременно две системы права – официальное и обычное.

Судебный прецедент, его истоки и соотношение с иными явлениями юридической действительности, а также присутствие и сама возможность прецедентных начал (форм) в отечественной правовой системе уже давно привлекают к себе внимание исследователей. При этом в последнее время, и не только среди представителей науки, живо обсуждается необходимость и целесообразность если не полного заимствования, то хотя бы ограниченного внедрения судебного прецедента в практику деятельности различных ветвей российского правосудия.

В настоящее время интерес к проблеме судебного прецедента как источника права значительно возрос. За последние десять лет в научной литературе появилось большое количество работ, посвященных как историческим вопросам формирования судебного прецедента, так и его теоретическим основам.

Как утверждает И.Ю. Богдановская, интерес к данной теме «обусловлен стремлением юристов найти путь укрепления судебной власти» [Богдановская, 2002].

М.Н. Марченко справедливо замечает: «Понятие прецедента ... весьма сложно и многогранно, в значительной степени зависящее от того и в то же время отражающее исторические, социальные, политические и иные традиции и специфические условия существования той правовой среды, в пределах которой прецедент функционирует».

Итак, судебный прецедент становится источником права при существовании судебного правотворчества – возможности судьи самостоятельно определять и устанавливать в решении основополагающие принципы – правоположения.

Судебный прецедент – это не институт, не отдельная правовая дефиниция, это комплекс

проблем, требующих разрешения и актуализации. Изначально это выражалось исключительно в стиле либо в форме работы судьи и представляло собой отдельные решения, но по мере своего накопления и развития такое правовое явление, как судебная практика, становилось мощным стимулом, толчком к развитию всего законодательства.

Под доктриной как источником права понимается наука (теория, концепция или идея), которая во всех без исключения случаях используется в правотворческом и правореализующем процессе. Роль доктрины как источника права проявляется в том, что именно она создает словарь юридических (правовых) понятий, которыми пользуется законодатель: содержит закономерности, с помощью которых законодатель находит право, закрепляет его в законах и толкует нормативно-правовые акты. Только использование науки (а доктрина есть по существу результат научных исследований) позволяет ориентировать юридическую деятельность на прогрессивное развитие права и государства, т.е. на истинную необходимость. Отдельные юридические положения, образующие право народа, находятся между собой в органической связи, объясняющейся прежде всего возникновением их из народного духа, ибо единство этого источника распространяется на все им произведенное.

Задача науки состоит в том, чтобы познать юридические положения в их систематической связи, как друг друга обуславливающие и друг от друга происходящие, дабы можно было проследить генеалогию отдельных юридических положений до их принципа, а затем от принципов добраться до самых крайних разветвлений. При таком способе занятий приведется в сознание, и выяснятся юридические положения, сокрытые в духе национального права, не проявляющиеся ни в непосредственных убеждениях членов народа и их действиях, ни в изречениях законодателя, которые, следовательно, становятся ясными только как продукт научной дедукции.

Таким образом, наука является бесспорным источником права, наряду с другими источниками, право, возникающее из этого источника, есть право науки или, иначе, право юристов, так как оно возникает из деятельности юристов.

Первенство доктрины было лишь относительно недавно заменено первенством закона, что, на наш взгляд, является не соответствующим действительности.

Поэтому необходимо сделать вывод, что, поскольку изменение первенства произошло сравнительно недавно, а также если учесть, что закон на практике – это не то, что закон в теории, то с учетом этих двух факторов можно установить подлинное значение доктрины, вопреки часто встречающимся упрощенческим формулам, согласно которым они не являются источником права.

Заключение

Юридическая доктрина России не сложилась и не существует как целое понятие, и это влияет на правоприменительные и законотворческие процессы, а именно в результате отсутствия юридической доктрины при создании новых нормативно-правовых актов они были заимствованы из разных стран, относящихся к разным правовым семьям. Все это происходит в связи с отсутствием в России единой научной базы для правотворческой и правоприменительной практики. Кроме того, при создании новых нормативных актов были использованы старые обычаи, которые абсолютно не отвечают современным требованиям, а также произошла деформация современного понимания права. В результате этого законодатели зачастую сопоставляют не сопоставляемое, и это влияет на юридическую доктрину (ее

становление) как источник права. Человек, делающий закон, должен знать специфику и соотношение двух сторон «Юридической доктрины», именно это и должно стать юридической доктриной России.

Таким образом, в России не сложилось устойчивого понятийного аппарата юридической доктрины и это негативно сказывается на правотворческом и правоприменительном процессе.

Библиография

1. Абдулаев М.И. Теория государства и права. М.: Магистр-Пресс, 2004. 470 с.
2. Безгин В.Б. Крестьянская повседневность (традиции конца XIX – начала XX века). М.-Тамбов: Тамбовский государственный технический ун-т, 2004. 304 с.
3. Беспалов А.Ю. и др. Частное право: проблемы теории и практики. М.: Проспект, 2016. 300 с.
4. Богдановская И.Ю. Судебный прецедент как категория общего права // Право и политика. 2002. № 7(31). С. 18.
5. Венгеров А.Б. Теория государства и права. М., 1998.
6. Воронина М.Ф. Понятие источников (форм) права в теории государства и права и в юридических отраслевых науках // История государства и права. 2007. № 19.
7. Гранат Н.Л. Источники права // Лазарев В.В. (ред.) Теория права и государства. М., 1996. С. 123.
8. Камкия Ф.Г. Концепция правового плюрализма в связи с исследованием обычного права // Новикова Н.И. (ред.) Право в зеркале жизни: Исследования по юридической антропологии. М.: Стратегия, 2006. С. 113-133.
9. Лучин В.А., Мазуров А.В. Указы Президента РФ. Основные социальные и правовые характеристики. М., 2000. 303 с.
10. Марченко М.Н. Судебный прецедент: разнообразие понятий и многообразие форм проявления // Журнал российского права. 2006. № 9. С. 97.
11. Ромашов Р.А. Теория государства и права. СПб., 2006. 254 с.
12. Садохина Н.Е. Развитие источников российского права в советский и постсоветский период: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2005. 186 с.
13. Самоквасов Д.Я. Курс истории русского права. Дополнения к курсу лекций по истории русского права. 3-е изд., испр. и доп. М., 1908. 616 с.
14. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 2. М., 1995.
15. Энциклопедия Брокгауза и Ефрона. URL: <http://gatchina3000.ru/brockhaus-and-efron-encyclopedic-dictionary/093/93324.htm>.
16. Яковлева Л.В. Источники российского уголовно-процессуального права: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999. 22 с.

The concept and types of sources (forms) of law

Marina G. Zaretskaya

PhD in Law,
Associate Professor of the Department of administrative and criminal law,
Maykop State Technological University,
385000, 191 Pervomaiskaya st., Maikop, Russian Federation 1;
e-mail: zarmarina76@mail.ru

Anna A. Khlebnikova

PhD in Law,
Associate Professor of the Department of legal disciplines,
Adyge State University – branch in Belorechensk,
352635, 57/1 8-go Marta st., Belorechensk, Russian Federation;
e-mail: stakhova69@mail.ru

Regina E. Mirzoyan

PhD in Law,
Associate Professor of the Department of civil and arbitration procedure,
Adyghe State University,
385000, 208 Pervomaiskaya st., Maikop, Russian Federation;
e-mail: mir-regina@yandex.ru

Abstract

Today, the sources of law are the most important means of legal regulation, which ensure the stability and orderliness of social relations. The formulation of the task of scientific research, as well as the general orientation of legal practice, largely depends on the understanding of law. The task of knowledge is to try to find its real essence, social nature and universal value behind the diverse manifestations of law on the surface of social life. After analyzing the opinions of scientists, the authors come to the conclusion that the sources of law should be a single concept that corresponds to the essence of law. In this regard, the division of the single concept of "source of law" into concepts in various senses does not have sufficient scientific grounds. Sources of law, both in the theory of state and law, and in branch legal sciences, are most often understood in a formal legal sense – as an external expression of the rules of law.

For citation

Zaretskaya M.G., Khlebnikova A.A., Mirzoyan R.E. (2022) Ponyatie i vidy istochnikov (form) prava [The concept and types of sources (forms) of law]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 12 (4A), pp. 29-37. DOI: 10.34670/AR.2022.83.82.043

Keywords

Source of law, substantive law, procedural law, legal custom, judicial precedent, legal doctrine.

References

1. Abdulaev M.I. (2004) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of state and law]. Moscow: Magistr-Press Publ.
2. Bepalov A.Yu. et al. (2016) *Chastnoe pravo: problemy teorii i praktiki* [Private law: problems of theory and practice]. Moscow: Prospekt Publ.
3. Bezgin V.B. (2004) *Krest'yanskaya povsednevnost' (traditsii kontsa XIX – nachala XX veka)* [Peasant everyday life (traditions of the late XIX – early XX century)]. Moscow-Tambov: Tambov State Technical University.
4. Bogdanovskaya I.Yu. (2002) Sudebnyi pretsedent kak kategoriya obshchego prava [Judicial precedent as a category of common law]. *Pravo i politika* [and Politics], 7(31), p. 18.
5. *Entsiklopediya Brokgauza i Efrona* [Encyclopedia of Brockhaus and Efron]. Available at: <http://gatchina3000.ru/brockhaus-and-efron-encyclopedic-dictionary/093/93324.htm> [Accessed 15/04/2022].
6. Granat N.L. (1996) Istochniki prava [Sources of law]. In: Lazarev V.V. (ed.) *Teoriya prava i gosudarstva* [Theory of law and state]. Moscow.
7. Kamkiya F.G. (2006) Kontseptsiya pravovogo plyuralizma v svyazi s issledovaniem obychnogo prava [The concept of legal pluralism in connection with the study of customary law]. In: Novikova N.I. (ed.) *Pravo v zerkale zhizni: Issledovaniya po yuridicheskoi antropologii* [Law in the Mirror of Life: Studies in Legal Anthropology]. Moscow: Strategiya Publ., pp. 113-133.
8. Luchin V.A., Mazurov A.V. (2000) *Ukazy Prezidenta RF. Osnovnye sotsial'nye i pravovye kharakteristiki* [Decrees of the President of the Russian Federation. Basic social and legal characteristics]. Moscow.
9. Marchenko M.N. (2006) Sudebnyi pretsedent: raznoobrazie ponyatii i mnogoobrazie form proyavleniya [Judicial precedent: a variety of concepts and a variety of forms of manifestation]. *Zhurnal rossiiskogo prava* [Journal of Russian law], 9, p. 97.

-
10. Romashov R.A. (2006) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of state and law]. Saint Petersburg.
 11. Sadokhina N.E. (2005) *Razvitie istochnikov rossiiskogo prava v sovetskii i postsovetskii period. Dokt. Diss. Abstract* [Development of sources of Russian law in the Soviet and post-Soviet period. Doct. Diss. Abstract]. Tambov.
 12. Samokvasov D.Ya. (1908) *Kurs istorii russkogo prava. Dopolneniya k kursu leksii po istorii russkogo prava* [Course in the history of Russian law. Additions to the course of lectures on the history of Russian law], 3th ed. Moscow.
 13. Shershenevich G.F. (1995) *Obshchaya teoriya prava* [General theory of law], vol. 2. Moscow.
 14. Vengerov A.B. (1998) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of state and law]. Moscow.
 15. Voronina M.F. (2007) *Ponyatie istochnikov (form) prava v teorii gosudarstva i prava i v yuridicheskikh otraslevykh naukakh* [The concept of sources (forms) of law in the theory of state and law and in legal branch sciences]. *Istoriya gosudarstva i prava* [History of State and Law], 19.
 16. Yakovleva L.V. (1999) *Istochniki rossiiskogo ugovno-protsessual'nogo prava. Dokt. Diss. Abstract* [Sources of Russian criminal procedure law. Doct. Diss. Abstr]. Saint Petersburg.