

<https://doi.org/10.5281/zenodo.4769188>

УДК 340.130

Лавицкая М.И.

Лавицкая Марина Ивановна, доктор исторических наук, профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения Российского государственного гуманитарного университета, Россия, 125047, г. Москва, ул. Чаянова, 15. E-mail: marinalv2010@yandex.ru.

Теоретико-правовые подходы к дефинированию понятий «источник права» и «форма права»

Аннотация. Статья посвящена дефинированию понятий «источник права» и «форма права». Исследование показало, что традиционное синонимическое словоупотребление «формы (источники) права» в учебной литературе оказывается слишком упрощенным, хотя и присутствующим в качестве одной из доктринальных концепций в теории права. Автор пришел к выводу, что в силу своей многозначности терминологическое сочетание «источник права» смыкается с понятием «форма права» только при рассмотрении в формально-юридическом смысле.

Ключевые слова: право, источник права, форма права, правопонимание, соотношение понятий «форма права» и «источник права».

Lavitskaya M. I.

Lavitskaya Marina Ivanovna, Doctor of Historical Sciences, Professor of Department of the Theory of Law and Comparative Law. Russian State University for the Humanities, Russia, 125047, Moscow, Chayanova street, 15. E-mail: marinalv2010@yandex.ru.

Theoretical and legal approaches to the definition of the concepts of "source of law" and "form of law"

Abstract. The article is devoted to the definition of the concepts of "source of law" and "form of law". The study showed that the traditional synonymous word use of "forms (sources) of law" in educational literature turns out to be too simplified, although it is present as one of the doctrinal concepts in the theory of law. The author came to the conclusion that, due to its polysemy, the terminological combination "source of law" merges with the concept of "form of law" only when viewed in the formal legal sense.

Key words: law, source of law, form of law, legal thinking, correlation of the concepts "form of law" and "source of law".

Право, появляясь в обществе как продукт интеллектуальной деятельности и выполняя роль социального регулятора, в качестве которого оно разрешает определенные формы поведения субъектов социума или устанавливает запреты на них, имеет форму своего выражения, внешнюю «оболочку», в которой оно существует. Это дает возможность выделить внешнюю форму права, которая как раз и состоит из формализованных

правил поведения, принятых в определенном обществе. Таким образом, форму права можно считать способом внешнего выражения установленных государством юридических правил поведения. Помимо внешней формы права еще выделяют внутреннюю форму права, включающую систему права, все её горизонтальные и вертикальные субординации.

Теоретики права подчеркивали тесную связь формы права с его содержанием,

указывая, что именно «форма права как самостоятельное явление отражает внешнее проявление его содержания, соотносится только с последним» [3, с. 356], и считая, что значимая роль формы права - это именно упорядочение содержания права и придание ему свойств государственно-властного характера. С.В. Бошно классифицировала все формы права на общепризнанные (нормативный правовой акт, прецедент, нормативный договор, правовой обычай) и вспомогательные (доктрины, принципы, «книжное» право, правосознание), подчеркивая, что последним уделяется неоправданно малое внимание, несмотря на их значимость в процессе реализации общепризнанных форм права, и выделила важные признаки форм права. Они сыграли большую роль в формулировании определения данного понятия в её авторской редакции. Это:

- а) определенность содержания;
- б) длительность существования;
- в) общеизвестность;
- г) обязательность;
- д) всеобщность;
- е) четкость внешнего выражения;
- ж) разумность;
- з) справедливость;
- и) признание со стороны субъектов права» [1, с. 12].

В качестве важных характеристик формы права С.В. Бошно также выделяет «образ должного или допустимого поведения», а также «авторитетность» [1, с. 10], а под самой формой права она понимает «объективированное надлежащим образом правовое установление, которое длительно и единообразно воплощается в юридической практике, поведении субъектов права, гарантировано к исполнению силой авторитета и (или) государственного принуждения, признано субъектами права в качестве регулятора общественных отношений» [1, с. 12]. Этот исследователь специально акцентировала внимание на том, что, помимо государственного принуждения, формы права должны в идеале базироваться на их общественном авторитете, причем последнее гораздо важнее, чем первое (т.е.

принуждение), а это актуализирует вопрос обратной связи правотворческих органов с объектами регуляторного воздействия права и их оценками правовых норм.

В теории права широко известно понятие «источник права». Это терминологическое сочетание употреблялось уже в античную эпоху, и его с полным правом можно назвать полисемичным. Римский историк Тит Ливий назвал Законы 12 таблиц, эту древнейшую письменную фиксацию римского права, осуществленную в 451 - 450 гг. до н.э., «источником всего публичного и частного права», имея в виду, что это «корень, из которого и выросло могучее дерево римского права» [6, с. 26]. Таким образом, источник права понимался им как то, откуда брали свои начала новые юридические нормы. Такая концепция существует и в современный период, когда источником права называют общественные отношения.

Вопрос о соотношении понятий «источник права» и «форма права», которые часто отождествляются в учебной литературе или употребляются как синонимичные, в доктринальных воззрениях исследователей не решен столь однозначно и является дискуссионным до сих пор. В общей сложности существует несколько основных точек зрения исследователей, каждая из которых хорошо обоснована и аргументирована.

Ряд исследователей, как, например, Н.М. Коркунов, стремились к полному отождествлению этих терминов. Некоторые ученые уравнивали эти понятия, не отрицая их синонимичность. Выразителем такой концепции можно считать Г.Ф. Шершеневича, хотя он достаточно скептически относился к употреблению термина «источник права»: «Различные формы, в которых выражается право, носят издавна название источников права и считается, что термин этот малопригоден ввиду своей многозначности» [10, с. 368]. Признавая данную позицию доминирующей среди дореволюционных правоведов, А.Б. Венгеров полагает, что в теории права нет проблем с определением соотношения

этих понятий: «Учитывая предыдущие разработки, в том числе в дореволюционной литературе, наиболее распространенным является вывод, что понятие источник права – это синоним понятия формы права» [7, с. 13].

Вопрос о совпадении и/или расхождении этих понятий в теории права мог решаться и по-другому: путём их разделения. Не менее известные правоведы (О.С. Иоффе, М.Д. Шаргородский) настаивали на полном разделении данных понятий. При этом часть исследователей оба понятия считают полисемичными, но пытаются одно из значений формы права уравнивать с источником. В связи с этим Д.В. Сас, являясь сторонницей такой концепции и формулируя авторское определение источника права, предлагает в своем диссертационном исследовании вместо широко известного «источники (формы) права» или «форма (источник) права» активно употреблять термин «источники (формы выражения) права» [8, с. 8], приравняв к нему по смыслу следующие терминологические сочетания: «юридические источники права», «источники права в формальном (или специально-юридическом) смысле», «внешняя форма права» [8, с. 13].

Признавая дефиницию «источник права» более широким понятием, многие ученые полагают, что источник совпадает с формой в одном из своих значений. Последняя концепция довольно широко известна, представителем таких взглядов можно считать С.С. Алексеева, хотя формулируя свое определение понятия «источник права», он избегает употреблять в нем слово «форма»: «Исходящие от государства или признаваемые им официально документальные способы выражения и закрепления норм права, придания им юридического, общеобязательного значения» [7, с. 13].

Согласно доминирующим в правовой среде воззрениям, применительно к юридическим явлениям под источником права следует понимать, во-первых, источник права в материальном смысле (под которым некоторые исследователи понимают

государство в лице его специально уполномоченных органов [9, с. 7]), во-вторых, в идеологическом [4, с. 101] смысле (правосознание, правовые учения и доктрины и т.п.) и, в-третьих, в формально-юридическом смысле. Именно в третьем значении источник права – это и есть форма права, и в этом значении сущность данного понятия раскрывается в следующем определении: «Источники права – действующие в государстве официальные документы, устанавливающие или санкционирующие нормы права, форма выражения правотворческой деятельности государства, с помощью которой воля законодателя становится обязательной для исполнения» [11, с. 206].

Считается, что такой подход активно разделяется теми исследователями, которые являются сторонниками юридического позитивизма как концептуального учения. Однако ряд ученых подчеркивают возможность применения нескольких методологически различных подходов к изучению и пониманию источников права, например, помимо формально-юридического, ещё материального и идеологического. Т.А. Парфёнова в своем исследовании утверждает, что изучение источников права возможно «в естественном, философском, гносеологическом, идеальном или идеологическом, политическом, материальном, а также юридическом смыслах» [5, с. 8].

Так, изучая специфику материальных источников формирования права, удается установить уровень развития общественных отношений и экономические, политические, социальные условия, востребовавшие к жизни определенный тип права, которое, безусловно, будет различаться в аграрно-доиндустриальных обществах и развитых современных цивилизациях, как и отмечал Б. Топорнин. Однако противники такого методологического подхода к изучению права, который был заложен сторонниками марксистского подхода к изучению общественных явлений, чтобы подчеркнуть материалистический детерминизм права и опровергнуть его «идеали-

стическую» природу, будучи нормативистами, считают, что такой подход к изучению источников права не даёт ничего для понимания нормативной природы права (например, М.В. Баглай).

Настаивают в своих работах на изменении концептуального подхода к изучению источников права только отдельные исследователи, отказываясь воспринимать источники права только в формально-юридическом смысле. Например, А.В. Поляков связывает источник права с определенным типом правопонимания, в связи с чем разделяет источники права, источник правового текста (понимая под ним орган, принявший правовой документ), источник норм права (текстуальный источник права), наконец, источник субъективных прав и обязанностей.

Таким образом, не подлежит сомнению, что авторское дефинирование «источника права» напрямую связано с воззрениями исследователей, которые его формулируют в зависимости от своего правопонимания. Последнее при этом может напрямую коррелировать с доминирующим типом правопонимания, господствующим в конкретном государстве в определенную историческую эпоху, что зачастую связано с государственным политическим режимом. А.И. Салихов полагает, что в настоящее время актуальным является переход от нормативизма и позитивистского правопонимания к более сложному восприятию такого явления, как право, что, применительно к источникам права, не означает отказа от их изучения в формально-юридическом смысле, но обуславливает необходимость расширения этого подхода до интегративной концепции правопонимания. Это означает переход к построению многоуровневой системы изучения источников права, её элементов, понимая под последними ещё и государство как политический источник права, а также онтологическую основу, базирующуюся на двойственной социально-биологической природе человека [7, с. 7].

Изучив теоретико-правовые подходы к определению понятия «источники права»

в дореволюционной, советской и постсоветской доктрине, Т.А. Парфёнова также пришла к выводу о многозначности и спорности данного понятия, правда, нам неясно, почему она постулирует его «малоизученность», однако ученый также придерживается мнения, что формально-юридический подход в полной мере не может дать возможность уяснить юридическую природу источника права. Иллюстрируя своё видение соотношения категорий «форма права» и «источник права» на примере нормативного договора, она прибегает к их описанию в рамках философских понятий, подчёркивая диалектическое единство между формой и содержанием, отмечая, что их признаки иногда сложно разделить между понятиями. С её точки зрения, договор-документ – это форма (форма права), а договор-соглашение с его сущностными характеристиками – содержание (источник права): «Содержание, будучи определяющей стороной целого, представляет единство всех составных элементов объекта, его свойств, внутренних процессов, связей, противоречий и тенденций, а форма есть способ существования и выражения содержания» [5, с. 9].

Итак, исследование показывает, что традиционное синонимическое словопотребление «формы (источники) права» в учебной литературе оказывается слишком упрощенным, хотя и присутствующим в качестве одной из доктринальных концепций в теории права. По нашему мнению, в силу своей многозначности терминологическое сочетание «источник права» смыкается с понятием «форма права» только при рассмотрении в формально-юридическом смысле. Изучение в рамках такой методологии позволяет исследовать имеющиеся правовые предписания (установления), в зависимости от особенностей процесса их создания, выраженные в формах нормативного правового акта, обычая, прецедента или договора. Вместе с тем, нельзя не отметить концепцию источников права в материальном смысле, в рамках которой предполагается изучение комплекса явлений, обладающих, по словам О.А. Дворни-

ковой, «потенциальной возможностью воплотить принцип нормативности, имманентно присущий человеческому сообществу, в виде правовых норм» [2, с. 13], то есть те органы, от которых в процессе правотворчества исходят правовые нормы. Мы не согласны с исследователями, трактующими их достаточно узко: только как государство в лице его компетентных органов, так как местное самоуправление выведено по Конституции РФ из системы

государственной власти, а вообще правовые нормы могут носить и локальный характер. Однако поддерживаем тех авторов, которые говорят о необходимости изменения правопонимания в настоящее время и расширении методологических концепций при рассмотрении источников права, но считаем, что это возможно только на более высоком уровне правосознания, когда оно носит доктринальный, а не просто профессиональный характер.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01. М., 2005. 440 с.
2. Дворникова О.А. Административный прецедент в системе источников права: теоретико-правовое исследование: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2009. 203 с.
3. Макуев Р.Х. Теория государства и права. Орёл-Москва: Изд-во ОРАГС, 2003. 674 с.
4. Назаренко Г.В. Теория государства и права: учебное пособие. М. : Издательство «Ось-89», 1998. 175 с.
5. Парфёнова Т.А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность: автореф. дисс. ... канд-та юрид. наук: 12.00.01. Челябинск, 2006. 21 с.
6. Певцова Е.А. Право. Основы правовой культуры // Основы государства и права. 2005. №2. С.5-36
7. Салихов А.И. Законотворческий процесс и источники права в российском государстве: вопросы теории и практики: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Казань, 2006. 28 с.
8. Сас Д.В. Источники права в римской правовой традиции и их современное развитие: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. М., 2006. 22 с.
9. Сипулин С.Г. Судебный прецедент как источник права: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Краснодар, 2008. 24 с.
10. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. 810 с.
11. Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. О.Е. Кутафин. М.: Большая юридическая энциклопедия, 2003. 558 с.

REFERENCES (TRANSLITERATED)

1. Boshno S.V. Forma prava: teoretiko-pravovoe issledovanie: avtoref. diss. ... d-ra jurid. nauk: 12.00.01. M., 2005. 440 s.
2. Dvornikova O.A. Administrativnyj precedent v sisteme istochnikov prava: teoretiko-pravovoe issledovanie: diss. ... kand. jurid. nauk: 12.00.01. Moskva, 2009. 203 s.
3. Makuev R.H. Teorija gosudarstva i prava. Orjol-Moskva: Izd-vo ORAGS, 2003. 674 s.
4. Nazarenko G.V. Teorija gosudarstva i prava: uchebnoe posobie. M. : Izdatel'stvo «Os'-89», 1998. 175 s.
5. Parfjonova T.A. Normativnyj dogovor kak istochnik rossijskogo prava: istorija i sovremennost': avtoref. diss. ... kand-ta jurid. nauk: 12.00.01. Cheljabinsk, 2006. 21 s.
6. Pevcova E.A. Pravo. Osnovy pravovoj kul'tury // Osnovy gosudarstva i prava. 2005. №2. S.5-36
7. Salihov A.I. Zakonotvorcheskij process i istochniki prava v rossijskom gosudarstve: voprosy teorii i praktiki: avtoref. diss. ... kand. jurid. nauk: 12.00.01. Kazan', 2006. 28 s.
8. Sas D.V. Istochniki prava v rimskoj pravovoj tradicii i ih sovremennoe razvitie: av-toref. diss. ... kand. jurid. nauk: 12.00.01. M., 2006. 22 s.
9. Sipulin S.G. Sudebnyj precedent kak istochnik prava: avtoref. diss. ... kand. jurid. nauk: 12.00.01. Krasnodar, 2008. 24 s.
10. Shershenevich G.F. Obshhaja teorija prava. Vyp. 1. M., 1910. 810 s.

11. Juridicheskij jenciklopedicheskij slovar' / Gl. red. O.E. Kutafin. M.: Bol'shaja juri-dicheskaja jenciklopedija, 2003. 558 s.

Поступила в редакцию 18.04.2021.
Принята к публикации 21.04.2021.

Для цитирования:

Лавицкая М.И. Теоретико-правовые подходы к дефинированию понятий «источник права» и «форма права» // Гуманитарный научный вестник. 2021. №4. С. 180-185 URL: <http://naukavestnik.ru/doc/2021/04/Lavitskaya.pdf>