

Глава I. Источники права: теоретико-методологические аспекты

1.1. Теоретико-методологические основания источников права

1. Введение

Тема источников права – важна и многогранна, как для фундаментальной юриспруденции, так и для отраслевой юридической науки. Источники права определяют систему права, с ними связана эффективность правового регулирования в обществе и в конечном итоге стабильность правового порядка. Однако есть теоретико-методологические проблемы понимания и природы источников права, актуальные для разных времен и систем права, в том числе, и для современного состояния теоретико-правовой науки. Некоторые из этих вопросов будут рассмотрены в рамках данной статьи.

2. Понятие «источник» и «форма» права

Во-первых, это вопрос соотношения терминов «источник» и «форма» права.

Русский цивилист и теоретик права Габриэль Феликсович Шершеневич (1863-1912) считал, что термин «источник» малопригоден ввиду разнообразия его значений. Согласно его подходу, право представляют собой правила общежития, поддерживаемые государственной властью и выраженные в определенной форме. Различные формы, в которых выражается право, называются источниками права. Этот термин многозначен и включает в себя, полагал Шершеневич: 1) силы, творящие право (воля народа, воля Бога, правосознание и др.); 2) материалы, положенные в основу того или другого законодательства (римское право как источник для германского права, работы Потье для кодекса Наполеона и др.); 3) исторические памятники, которые имели значение действующего права (*Corpus juris civilis*, Русская правда и др.); 4) средства познания действующего права¹. По мысли Шершеневича, разнообразие значений термина «источник права» можно обойти, введя в научный оборот другой термин - «форма права», под которым понимаются различные виды права, отличающиеся по способу выработки содержания норм. Выбор форм права зависит от усмотрения государственной власти.

В настоящее время эти понятия специалисты отождествляют, что, как представляется, вполне разумно. Дело в том, что государственная воля только тогда становится правом, когда получает нормативное выражение в форме, свойственной данной правовой системе. Нормы, институты, отрасли права возникают или изменяются с момента, когда вступает в силу закон или иной нормативный акт, или признается общеобязательным обычай или прецедент и т.д. Содержание права зависит от государственной воли, но юридическую силу это содержание получает лишь с момента облечения его в соответствующую

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Учебное пособие (по изданию 1910-1912 гг.) Том.1. Вып.1 М., 1995. С. 5.

щую форму. В этом смысле термины «источник права» и «форма» означает одно и то же – государственная воля, создающая правовые нормы, и форма ее выражения совпадают².

3. Основные теории права об источниках права

Во-вторых, и это более существенный вопрос: определение права по его источнику предполагает уже решенным один из самых сложных и спорных вопросов науки права – вопрос о происхождении права. Возникает ли право как продукт личного духа или создается общественными условиями? Обусловлено ли его существование наличием государства или нет? Эти вопросы остаются дискуссионными в юридической науке и в XXI веке³. В этой связи представляется важным обозначить несколько теоретико-правовых подходов, основу которых образует различное понимание источников права.

В европейской цивилизации сложились три основные концепции права: позитивно-нормативная, естественно-правовая, социологическая.

3.1. Формально-логическая школа (позитивно-правовое направление в праве) основывается на представлении, что право выражается в словесной форме и содержится в текстах законов и подзаконных актов⁴. Непосредственный источник возникновения законодательства – **государственная воля**, выраженная в строго определенной форме. Право, с точки зрения представителей этой теории, определяется как система норм, установленных (санкционированных) и охраняемых от нарушений с помощью мер, осуществляемых государственной властью. От государства зависит, какие действия в социуме следует запретить, какие разрешить; как и каким образом регулировать общественные отношения; какие отношения считать правомерными и неправомерными и др. Государство определяет содержание правовых норм (статусы субъектов права, их права и обязанности, составы правонарушений, формы реализации права и др.). Четкость в определении правовых предписаний нацелена на создание в обществе предсказуемых отношений: государство стремится определить и упорядочить (воспроизвести, сохранить, видоизменить, пресечь, искоренить и др.) определенные виды деяний и отношений в социуме.

Право – это то, что государство приказывает считать правом. На этом основании данный подход к исследованию содержания права часто называют «государственно-организационным» или «государственно-повелительным». Непосредственная связь государственной власти и права, согласно этой концепции, не подлежит сомнению – большое внимание уделяется вопросам законности, ясности законодательства, гарантированности правопорядка в обществе. Тексты нормативно-правовых актов предполагаются четкими, понятными, не содержащими деклараций и метаюридических понятий, а неизменная иерархия законодательных актов предохраняет от правовых коллизий.

2 См.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 26-27 и др.

3 См.: Стоилов Я. Държавната власт: правно-политически разграничения и съотношения. София, 2001; Он же. Правните принципи: теория и приложение. София, 2018; Гройсман С. Право и морал: проблемът за юридическата валидност в прочита на съвременния правен позитивизъм. София, 2017.

4 В юридической литературе обращается внимание на неоднородный характер юридического позитивизма. Выделяется государственно-институциональный (этатический), социологический и антропологический (психологический и биологический) виды юридического позитивизма. Так, немецкий юрист Отт замечал, что, как научное явление он представляет «совокупность теорий, в которых понятие права формулируется на основании эмпирических признаков, меняющихся в зависимости от обстоятельств и вне всякой связи с метафизикой» Ott W. Was heibt "Rechtspositivismus"? Цит. по: Царьков И.И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб., 2006. С.250. Историко-теоретический анализ и классификацию позитивистских теорий см.: Тихонравов Ю.В. Основы философии права. Учебное пособие. М.: Вестник, 1997. С. 349-398.

Формально-догматическая теория права имеет длительную историю становления и развития основных институтов права. Зародившись еще в Древнем Риме, законченный характер эта теория получила в XVIII веке в учениях немецких мыслителей Томазия, Канта, Фихте, явно обособивших право от нравственности, придавших тем самым праву формальный характер. В праве стали видеть внешний порядок человеческих отношений. Функция права этого периода истории – предоставление каждому индивиду сферы его собственной свободы, куда государство не имело бы возможности и намерений вторгаться.

Историческое назначение формально-логической теории права заключалось в определении и формальном закреплении за каждым человеком сферы свободного проявления его воли, что было следствием политики государства этой эпохи. Тщательная законодательная регламентация всей жизни человека от рождения до смерти (каждому указывалось, где он должен жить, как одеваться, во что верить, что и каким образом делать и т.п.) не является признаком правового государства, наоборот, это одна из характеристик полицейского государства, тотально регулирующего все отношения между людьми. Чрезмерное развитие подобной правительственной опеки уничтожало любую индивидуальную инициативу. В таких условиях возникла потребность ограничить вмешательство государства в индивидуальную сферу и добиться разграничения частных и публичных интересов⁵.

К основоположникам данного понимания права в западноевропейской цивилизации относят представителей теории утилитаризма: Иеремию Бентама, Джона Стюарта Милля, Джона Остина. Согласно этой теории, главным ориентиром для законодателя выступает принцип полезности. Задача законодателя – выявить общее благо своего народа и принять закон, цель которого составит общая польза. Теория Остина, ученика Бентама, легла в основу английской аналитической школы. Он разграничивал этику (область оценок), науку о законотворчестве (представление должного права) и науку о праве – юриспруденцию (в основе действующий закон без оценок и критических суждений). «Предмет юриспруденции составляет позитивное право», – писал английский юрист в работе «Определение области юриспруденции» (1832). Разграничивая «естественное право» и «позитивное право» (или «положительное») он определял последнее как «право, существующее благодаря занимаемому положению»⁶. Право, согласно теории Остина, это «норма, изданная в целях руководства разумной сущностью со стороны другой разумной сущности, облеченной властью над первой». В связи с этим позитивное право противопоставлялось всем иным правилам, не имеющим своим источником суверенную власть (например, моральные предписания, обычаи, традиции, корпоративные нормы, доктрина и т.п.). Право в собственном смысле, утверждал Остин, характеризуют четыре элемента: приказ, санкция, обязанность исполнения, суверенность власти. Юридическая наука, по его мысли, должна заниматься только положительным правом, не оценивая нормы права с позиций добра и зла (это – дело морали). Поскольку позитивное право происходит от суверенной власти, сущностью любого права является приказ власти, адресованный подчиненным лицам под угрозой санкции в случае нарушения предписаний, содержащихся в этом приказе.

Классический вариант теории юридического позитивизма представлен в работе немецкого юриста Карла Бергбома «Юриспруденция и философия права» (1892 г.). Соглас-

⁵ Об историческом и теоретическом обосновании формально-догматической теории права см., напр.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб, 2003. С. 103-106.

⁶ Остин Д. Определение области юриспруденции. Lloyd D. Freeman M. Introduction to Jurisprudence. L., 1979. Цит по: Антология мировой правовой мысли. М., 1999. С. 401.

но его концепции, наука о праве должна иметь дело только с объективно существующим правом и не должна подменять исследование собственно юридической материи оценкой или критикой законодательства и конструированием желательного правового порядка. Вслед за французским позитивистом Огюстом Контом Бергбом выступил против метаюридических понятий и идей, привносимых в правовую науку теорией естественного права и исторической школой права, которые стремятся изучать не действующее, а желательное или предполагаемое право. По мнению Бергбома, только юридический позитивизм может вывести юридическую науку из круга метафизики на почву реализма – для этого необходимо изучать «действительность реального правового явления». Соответственно сказанному, теория права, утверждал ученый, должна заниматься объективно существующим (позитивным) правом. Единственно реальное право – это то, которое существует в данное время и выражено в законе. «Существо любого права состоит в том, что оно может оказывать воздействие. Здесь даже самое жалкое позитивное право превзойдет самое великолепное идеальное право точно так же, как калека, который видит, слышит и действует лучше даже прекрасной статуи, которая глуха, слепа и недвижима». Норма – «альфа и омега» права, его начало и конец, за рамками законов нет иного права⁷.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, для того, чтобы сформулировать определение права, необходимо дать понятие о положительном праве. Русский юрист призывал исследовать только то право, которое реально действует⁸. Для сферы реализации права особенно опасно смешение *de lege lata* и *de lege ferenda*. Такой дуализм порождает уклонение от исполнения властных предписаний государства: в случаях несогласия с велениями права лицо легко объясняет неисполнение норм права ссылками на другое правовое сознание, иной подход, несогласие в толковании текста нормативного правового акта.

Суть права с позиции формально-догматической теории заключается в неуклонном требовании исполнять предписания действующего права. Именно поэтому его сторонники обращают пристальное внимание на разработку формальной стороны права: для Остина формальный аспект права выражается в праве-повелении, для Бергбома и Шершеневича – в праве-норме⁹.

На основе этой методологии в начале XX века формируется теория нормативизма. Одной из самых ярких правовых теорий явилась концепция «чистого права» австрийского правоведа Ганса Кельзена. Тенденции чистой теории права, утверждал Кельзен, аналогичны аналитической юриспруденции Остина – «чистая теория права» пытается получить выводы исключительно на основе анализа позитивного права. От теории юридического позитивизма Кельзен заимствовал формально-догматический метод, соединив его с неокантианской методологией (перенес категории «чистых форм мышления» на юридическую науку) – теория права должна заниматься формой права, чистым правовым долженствованием. С этих позиций он доказывал необходимость освобождения права от метаюридических идей и принципов: от идеологии, религии, морали, психологии, философии, затемняющих, по его мнению, содержание права.

7 Bergbohm K. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892. Цит. по: Антология мировой правовой мысли в пяти томах. М., 1999. Т.3. С. 497.

8 Шершеневич Г.Ф. *Общая теория права*. Учебное пособие (по изданию 1910-1912 гг.) Том. 1. Вып.1 М., 1995. С. 231.

9 «Дело не в том, какое поведение требуется нормами права, а как требуется (курсив мой – Е.Ф.) поведение, указываемое в нормах права. Шершеневич Г.Ф. Там же. С. 236.

В основе теории Кельзена лежит понимание правовых отношений как иерархии норм. Каждая норма возникает из предшествующей, а главная норма в его учении постулируется и называется основной нормой. Нормы не являются утверждением того, что происходит в действительности, а только требуют этого. Из юридической науки должны быть устранены элементы действительности – норма обязывает независимо от реальных результатов ее реализации. Юридические понятия – формальны (не зависят от содержания), предшествуют опыту и имеют абсолютный характер.

Г. Кельзен использует аналогию с геометрией: юридические нормы представляют фигуры и могут рассматриваться независимо от материала, из которого они составлены. Элементы юридической нормы не должны находиться между собой в причинной или целевой зависимости. В сфере должествования связь элементов (субъекта и объекта) устанавливается между условием и последствием. Такую связь субъекта и объекта в нормативной сфере Кельзен называл вменением. Вменяемы, по его теории, могут быть события, которые совсем не связаны с причинным действием. В юридической науке нельзя соединить реальную сферу и область должествования. Вменение проистекает исключительно из нормы и всегда остается специфическим признаком правоотношения, которое не основывается ни на причинном явлении, ни на целесообразности. Принцип вменения необходимо выводить из содержания нормы, а не из реальных отношений и явлений. Суть этих утверждений заключается в том, что содержание юридической нормы может изменяться, но характер должествования нормы неизменен (норма есть всегда правило должного поведения).

Таким образом, право предстает в учении Кельзена как совокупность норм, осуществляемых в принудительном порядке. Задача теории права заключается только в исследовании отношений между основной нормой и другими нормами (нормы конституций, обычаев, акты применения права), но никак не в оценке правовых норм с точки зрения справедливости, истинности и т.п. Данное правопонимание породило сознание, что государство, как источник законодательства, всегда является правовым, поскольку его отличительный признак (законодательство) наличествует в любом, самом антидемократическом государстве (согласно теории Кельзена, государственный и правовой режимы отождествляются).

3.2. Поскольку правопорядок существует, значит – существует и право, но не в виде слов закона, и не как правовые представления, а как порядок общественных отношений в поведении людей. На таком понимании основаны **социологические концепции права**. Представители социологического правопонимания призывают исследовать право в действии, «живое право», то есть те правовые отношения, которые реально существуют на данный момент изучения или еще только складываются в обществе. Право есть порядок, система правоотношений, в которых выражены и согласованы (тем самым упорядочены) многочисленные интересы членов общества. Источник права, с этих позиций, – **правовое отношение**.

Задача социологического направления права – не поиск сущности права вообще, вне времени и исторически преходящих условий общества (теории естественного права), а инструментальный анализ права – уяснение эффективности (действенности) правовых предписаний в существующих условиях конкретного общества. Не отвергая объективного права, устанавливаемого государством, сторонники социологической юриспруденции утверждают, что сами по себе нормы права, содержащиеся в текстах законодательных актов, еще не образуют права. Согласно их воззрениям, содержание права раскрывается только при условии глубокого анализа различных факторов, влияющих на возникнове-

ние правовых предписаний и создающих в конечном итоге систему права. Именно поэтому содержанием права, по этой теории, является правовое отношение, а в более широком масштабе – правовой порядок в обществе – в первую очередь те обычаи и традиции, которые отличают данный народ, а также характеризуют отношение общества к праву и правовые предпочтения в государстве.

Социологический подход к праву сформировался во второй половине XIX века, в эпоху свободной конкуренции, когда законы государства уже не успевали регулировать стремительно развивающиеся экономические и социальные отношения. В связи с этим большая роль в этих концепциях отводилась судам и иным правоприменительным органам, призванных восполнять многочисленные пробелы законодательства, интерпретировать нормы существующего права исходя из новых экономических условий «дикого капитализма» и воплощать нормативные предписания государства в реальных отношениях. Отличительной чертой социологического правопонимания явилось изучение в большей степени тех отношений, которые формируются в обществе и только формализуются в государстве¹⁰.

Основополагающие идеи этих теорий были заложены в работах немецкого юриста Р. Иеринга, раскрывшего содержание права с точки зрения цели права – охраняемом законами государства общественном интересе. Данный подход к праву нашел сторонников и в России. Так, например, Н.М. Коркунов понимал право как разграничение интересов¹¹, С.А. Муромцев – как порядок отношений, урегулированных законом. Согласно С.А. Муромцеву, вначале возникают правовые отношения, основу которых образуют интересы лиц и их объединений; далее, на их основе, создаются юридические нормы и отношения, необходимые для защиты правовых отношений¹².

Согласно социологическому правопониманию, большое внимание в государстве должно отводиться судебским функциям (Е. Эрлих, Ф. Жени, Г. Канторович, Р. Паунд, К. Ллевеллин, Д. Фрэнк и др.). С этих позиций правом называются те нормы, которые создаются судом; судья, таким образом, выступает в роли основного «творца права». «Предсказания того, что суды будут делать в действительности, безо всяких дополнительных претензий, и есть то, что я называю правом», – писал О. Холмс. Основная задача юридической профессии, по мысли Холмса, как отмечают современные исследователи его творчества, заключается в сужении сферы неопределенности в праве («сделать предсказания более четкими и привести в логическую систему»). Судьями индуктивно формируются общие положения (принципы, доктрины). Принципиальное отличие такого подхода от нормативизма американский юрист показывает в совершенно ином понимании абстрактных правовых норм, принципов их формирования и применения. Такие нормы могут быть созданы только в результате обобщения последовательной прогрессии прецедентного

10 Так, например, Г. Еллинек обращал внимание на то, что «конкретный характер права всегда зависит от данных социальных отношений определенного народа». А право в целом, «в конечном результате есть сила не творческая, а охраняющая и защищающая. Она может создавать лишь внешние условия для положительной человеческой деятельности, содержание которой всегда дается только всем конкретным социально-историческим развитием». Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 243, 246.

11 Н.М. Коркунов понимал правовые нормы как нормы разграничения интересов (нравственность дает только оценку интересов), которые указывают «насколько мы имеем или не имеем права осуществлять наши интересы при столкновении их с чужими интересами. Следовательно, нормы разграничения интересов определяют границу между правом и неправом и суть юридические нормы». Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. (Печ. по изд.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Изд. 9. СПб, 1914.) СПб., 2003. С.60-61.

12 Оценку этих доктрин см.: Фролова Е.А. История политических и правовых учений: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2021. С. 456-465.

опыта (кодификация) и являются воплощением самой сути выявляемых судами подходов к разрешению споров. Систематизация этих норм в форме писаного законодательства осуществляется только для практического удобства судей и юристов. Они выступают лишь ориентиром для того, чтобы понять, в какую часть прецедентного опыта необходимо погрузиться для выявления полного правового содержания того или иного института и сути принципа. Этот принцип может умеренно развиваться судьями, так как предполагается не автоматическое применение «нормы» к тождественным фактам, а смысловой и целеполагающий поиск решения, наиболее соответствующего сути этого жизненного опыта и вызывающих его к жизни потребностей общества¹³.

3.3. Согласно *теории естественного права*, право – это не только тексты, но и форма общественного сознания. Источником права является **правовое сознание**, т.е. содержащаяся в общественном сознании система понятий об общеобязательных нормах, запретах, правах, обязанностях, условиях их возникновения и реализации, порядке и формах защиты.

Часто в правовой науке эта теория отождествляется с философией права, однако концепция естественного права в истории воспринималась юристами по-разному: в качестве методологии, исторической гипотезы, политического и юридического идеала, части действующего права.

Содержание теории естественного права на разных этапах общественного развития видоизменялось. «Старое» или «классическое» (с античного времени до середины XVII века) понимание естественного права основывалось на представлении, что оно есть система норм, подробно регламентирующих жизнь человека, эти требования носят вечный и неизменный характер у всех народов и во все времена. После XVII века в основу этой доктрины кладется представление о естественном праве как о проявлении здравого смысла человека. С этого времени, не подвергая сомнению нормативный характер естественного права, сторонники этой школы рассматривают его как правовое сознание людей. Кроме этого, в Новое время юристы и философы привнесли в понимание естественного права качественно новое содержание, конкретизировавшие требования здравого разума человека¹⁴.

В конце XIX века на смену господствовавшему на тот момент юридическому позитивизму приходит «возрожденное» естественное право¹⁵. В это время восприятие естественного права, как регулятора общественных отношений, становится иным: правовые предписания уже не предполагают построения конкретных целей в жизни общества, а ищут только абсолютного начала, исходя из которых можно решать любые задачи позитивного права. Так проявляется социальная нацеленность права и обосновываются требования не-олиберализма, суть которых сводилась к тому, что государство больше не является сторонним наблюдателем общественных проблем, а становится действенным участником охраны прав и свобод своих граждан¹⁶. Государство возлагает на себя социальные функции,

13 См.: Лесив Б.В. Реалистическая философия права О. Холмса: истоки, содержание и интерпретация // Философия права. Очерки: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. М.: Проспект, 2022; Лесив Б.В. Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве. Автореферат дис... к.ю.н. М., 2022.

14 Так, родоначальник концепции естественных прав человека в Новое время Дж. Локк обосновал триаду естественных прав (свобода, равенство, собственность) существующих на стадии догосударственного состояния, однако получающих гарантированность только в государстве. Последнее, по Локку, выступает в качестве охранителя прав человека. См.: Локк Д. Соч. в 3 томах М., 1988. Т.3 С. 292-293, 310-313 и др.

15 Об этом см.: Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность. М., 2020. С.144-146; Она же. Моральная философия П.И. Новгородцева. М., 2022.

16 О концепции прав человека в России см. комплексное исследование: Туманова А.С., Киселев Р.В. Права человека

деятельно отстаивая интересы не только и не столько обеспеченных граждан (государство «ночной сторож»), сколько создавая прожиточный минимум обездоленных, неимущих лиц, нуждающихся в материальных средствах со стороны государства. Следствием этой теории явилось провозглашение и юридическая разработка теоретиками естественного права – сторонниками либерализма – права на достойное человеческое существование.

Неоднозначные толкования естественного права по сути сводятся к различному пониманию источников права. В качестве первоосновы естественного права выделяли: «природу вещей» (Аристотель и римские юристы полагали, что типичные социальные явления следует считать естественным правом, «так должно быть, потому что так было всегда с незапамятных времен»); «истинный разум» или «здравый смысл»; «божественный закон»; моральные требования (те основы, исходя из которых человек способен оценить предписания действующего права).

Содержание теории естественного права, как было замечено, изменялось на протяжении истории, осложняя как понимание идей этой доктрины, так и создавая трудности для практического применения предписаний права в жизни людей. Сами по себе представления и убеждения людей о праве не являются действенными социальными регуляторами и не гарантируют существование правового порядка: люди думают одно, говорят другое, делают третье (и все по-разному). Поэтому правосознание не всегда способно повлиять на волевой выбор вариантов поведения в соответствии с их правовой оценкой.

4. Заключение

Право по своей природе во все времена имеет оценочный характер, поскольку отражает отношения людей между собой и в рамках социальных групп разного уровня, а также представляет развитие отношений с точки зрения долженствования. Давно замечено, что право – это требования должного поведения людей, обращенные в будущее. Именно так право выстраивает юридические модели отношений – нормативно закрепляет, какие отношения правомерны, а какие нет; что дозволено, а что запрещено; что рекомендовано в качестве желательного поведения и т.п. Этим обуславливается гибкость правового воздействия на поведение человека в рамках общественных связей.

Каждая из обозначенных нами теорий права выражает реальную сторону права и служит его осуществлению: теория естественного права важна для правового воспитания и развития действующего права. Без позитивного понимания права недостижимы определенность и стабильность правовых отношений, законность в деятельности государственных органов и должностных лиц. Через социологическое понимание право обретает конкретность и практическое осуществление, без него оно остается только лишь декларацией, системой абстрактных пожеланий.

В современной правовой науке эти правопонимания выражены нечетко. На всех уровнях правосознания еще сильна привычка видеть в праве только волю государства: меняющиеся приказы власти, средство политики, временное, нестабильное право. Заметим, что в масштабе всего общества юридическое мышление не может сложиться по приказу свыше. Оно возникает вместе с массовым интересом к осмыслению общественных отношений через конкретные права и обязанности их участников, в связи с процессуальными

гарантиями правоотношений и ответственностью за нарушения прав и невыполнение обязанностей¹⁷.

В заключении подчеркнем, что для каждой правовой системы важен стабильный и предсказуемый правопорядок с действенной системой источников права, чему, в том числе, служат дискуссии о содержании права, способствующие лучшему осмыслению права как эффективного социального регулятора. Примером такого обмена мнений служит проведенная научная конференция, организованная на Юридическом факультете Софийского университета и опубликованный по результатам ее проведения сборник докладов¹⁸.

1.2. Теоретико-методологические основания исследования источника и форм права в контексте компаративистики.

Введение. Ни для кого не секрет, что слова в юриспруденции не всегда означают то же самое и в разговорной обыденной речи. Так обстоит дело и с термином «источник» (или «источники») права. В «Толковом словаре Ожегова» «источник» определяется следующим образом: «1. Водная струя, выходящая на поверхность из-под земли. *Целебный и. Горячий и. И. минеральной воды.* 2. То, что даёт начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь. *И. света. И. всех зол. Сведения из верного источника.*

3. Письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование. *Источники для истории края. Использовать все доступные источники»*¹⁹.

Очевидно, что в современном разговорном русском языке преимущественно используется второе значение слова «источник». Применительно к праву тем самым предполагается, что источник – это то, откуда право проистекает²⁰. В то же время в отечественной юридической литературе со вт. пол. XIX в. констатируется многогранность термина «источник права», включающего не только «силы, творящие право», но и «материалы, положенные в основу того или иного законодательства», а также «исторические памятники, которые когда-то имели значение действующего права»²¹. Сегодня, благодаря влиянию юридического позитивизма, как справедливо отмечает М.Н. Марченко, «„формально-юридическое“ представление об источниках права в отечественной и зарубежной юри-

17 См. об этом: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С.276 и др.

18 Научни четения на тема «Предвидимост на правото». Сборник доклади от научната конференция, организирана от катедра «Теория и история на държавата и правото» и катедра «Наказателноправни науки» на Юридическия факултет на СУ «Св. Климент Охридски», проведена в София на 12 май 2021 г. / Съставители проф. Янаки Стоилов, доц. Ралица Илкова, гл. ас. Дилян Начев, гл. ас. Красимир Манов. София, 2022.

19 Толковый словарь Ожегова. С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. 1949-1992. // <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ogegova/76986> (дата обращения - 25.12.2022)

20 Вспоминаю свое недоумение во времена моего обучения, когда на первом курсе преподаватель по истории государства и права заявил, что источником римского права был Закон 12 таблиц. Как же так, рассуждал я, закон ведь закрепляет право, но никак не является его источником; право ведь должно было откуда-то попасть в закон, вот это и есть источник! Все объяснялось тем, что дисциплина «История государства и права» преподается раньше, чем в курсе «Теории государства и права» проходят соответствующую тему.

21 Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: учебное пособие. Т. 2. Вып. 2,3, 4. М, 1995. С. 5. Следует заметить, что такой авторитетный юридический позитивист, как Дж. Раз под источником права понимает «факты, создающие право», юридическую причину или основание что-либо сделать. – Раз Дж. Авторитет права. Эссе о праве и морали / пер. с англ. И. Дягилевой; под науч. ред. Д. Раскова. М.: Издательство Института Гайдара, 2021, С. 119, 125. В то же время Дж. Раз, как и другие сторонники нормативизма в праве ничего не пишет о том, как именно «создается право», вынося вопросы правовой политики за рамки предмета юриспруденции.

дической литературе является в настоящее время, пожалуй, наиболее распространенным и наиболее часто употребляемым»²².

Наиболее продуктивным к анализу источника права представляется подход, который уместно именовать «постклассическим», предполагающим в качестве обязательного аспекта указание на точку зрения, с позиций которой таковой – анализ – производится. Собственно говоря, его разделяет М. Н. Марченко, когда пишет, что источник права следует рассматривать «одновременно с разных сторон и в разных аспектах»: этимологически; под углом зрения источника права как естественного – географического, климатического, биологического и иного фактора, оказывающего непосредственное влияние на процесс правообразования и опосредственное – на процесс правотворчества и, соответственно, на само право; с точки зрения источника права как социального, политического, идеологического, культурологического и иных подобных факторов, оказывающих прямое воздействие на процесс правотворчества, а через него, опосредственно, - и на само право; с материальной, точнее – экономической стороны, с точки зрения восприятия в качестве источника права экономических факторов, существующих в том или ином обществе и оказывающих на процесс правообразования. Кроме того, как пишет ученый, «при рассмотрении источника права с философской точки зрения, в философском плане основное внимание обращается прежде всего на то, какие по своему характеру (либеральные, консервативные и проч.) философские идеи легли в основу той или иной правовой системы, того или иного источника права, на базе каких философских конструкций создается та или иная правовая система и, соответственно, система права. Когда же речь идет об источнике права, рассматриваемом в формально-юридическом плане, то основное внимание исследователей концентрируется на средствах или способах внутренней организации правовой материи, а также на формах ее выражения вовне»²³. Полностью соглашаясь с тем, что источник права – это то, что оказывает воздействие на процесс правообразования, считаю, что именно он – процесс – и должен быть объектом самого пристального внимания при экспликации этого сложного, многогранного явления. Постклассический подход²⁴ как раз и акцентирует внимание на процессе (или механизме) функционирования соответствующего явления в историческом и социокультурном контексте. Такой подход дает новый импульс не только анализу источника права в связи с его формально-юридическим аспектом, но и весьма продуктивен для сравнительных исследований источника права и форм его внешнего выражения.

Источник права в социолого-правовом смысле, вписанном в постклассическую методологию, – это не только то, что обуславливает процесс правотворчества, но и его объективизация в соответствующих формах, а также реализация в конечном результате, в правопорядке. Хотя источник права в прямом, буквальном смысле – это предпосылки правообразования, но они социально действительны только тогда, когда воплощаются в правопорядке. Анализ правопорядка позволяет заключить, что источник права вписан в юридические практики. ***Источник права как процесс или механизм работает (функционирует) только тогда, когда предпосылки или потребности в правовом регулировании фиксируются в знаково-символических формах (опосредуются ими), наделя-***

22 Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2005. С. 51.

23 Там же. С. 46-51.

24 См. подробнее: Постклассическая онтология права: монография / под ред. И.Л. Честнова. СПб.: Алетей, 2016.

ются юридической значимостью и воспроизводятся многократно повторяющимися правовыми практиками, образующими правовой порядок. Следует подчеркнуть, что этот механизм, как и вся правовая реальность, включает множество аспектов, пластов, что дает основания рассматривать ее с разных, дополняющих друг друга точек зрения²⁵. Важным в данной связи является взаимодополнительность поведенческого (который с некоторыми оговорками можно именовать как материальный) и психического (ментального, идеального, который всегда характеризуется знаковым опосредованием) аспектов.

1. Источник права как предпосылка правового регулирования.

Источник права в социолого-правовом ключе – это, прежде всего, факторы, влияющие на процесс правообразования. В классической науке Нового и новейшего времени считалось, что природа (например, климат у Ш. Монтескье), экономика, политика, демография и т.д. самым непосредственным образом влияют на право – его образование и преобразования. В то же время сегодня очевидно, что это влияние не прямое, а опосредованное, преломляемое селективной функцией правовой культуры, по терминологии Л.И. Спиридонова²⁶. Это связано с тем, что человек (и человечество) реагирует на внешние факторы избирательно. Не существует одного, единственно верного рецепта как индивидуального, так и социального поведения под воздействием тех или иных природных, экономических и т.п. обстоятельств. Онтологическая неопределенность, находящаяся во взаимодополнении с эпистемической и семантической неопределенностями²⁷, обуславливает принципиальную вариативность человеческой деятельности и норм, ее регулирующих.

Постулируя функциональную значимость права – обеспечение выживания общества – как его трансцендентное основание, приходится признать, что ее невозможно аподиктично эксплицировать. Отрицать этот идеал невозможно, но никогда нельзя быть уверенным в том, что он реализован на практике. Во многом это связано с изменчивостью и неоднозначностью социальных оценок событий и явлений, происходящих в мире. Соглашаясь с распространенной в современной философии точкой зрения (со времен Д. Юма), что «нормативные предложения невозможно верифицировать или фальсифицировать, то есть, проверить по тем же правилам игры, что и дескриптивные»²⁸, тем не менее нельзя отрицать, что если нормы утратят всякую функциональность, то превратятся в бессмысленную фикцию.

В этой связи представляется, что оригинальная, эвристически ценная делиберативная теория правообразования Ю. Хабермаса должна быть дополнена функциональной значимостью норм, прошедших дискурсивную²⁹ проверку «притязания на значимость»³⁰.

25 Принцип дополнительности, имеющий общеметодологическое значение, предполагает «объемную» картину исследуемого объекта, изучаемого с разных сторон, с разных точек зрения.

26 Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Курс лекций. СПб.: СПбВШ МВД России, 1995. С. 120.

27 Об онтологической, эпистемической и семантической неопределенностях см. подробнее: Семенов В.Е. Метафизические основания неопределенности // Неопределенность права: философское осмысление и юридическое значение: монография / под общ. ред. О.Ю. Рыбакова. М.: Проспект, 2022.

28 Хабермас Ю. Моральное сознание и коммуникативное действие / пер. с нем. под ред. Д.В. Складнева. СПб.: Наука, 2000. С. 84.

29 Дискурс – это «некая мера, которая с помощью правил коммуникации гарантирует, что все заинтересованные лица получают одинаковые шансы на участие в достижении честного компромисса». – Там же. С. 108-109.

30 Там же. С. 91.

Такая процедура, заимствованная Ю. Хабермасом у Р. Алекси, предполагает рациональность обсуждения любых социальных проблем, включая, несомненно, и правовые. К этим процедурам относятся следующие:

- каждый владеющий языком дееспособный субъект может принять участие в дискурсе;
- каждый может ставить под вопрос любое утверждение;
- каждый может вводить в дискурс любое утверждение;
- каждый может выражать свои установки, желания и потребности;
- никакое принуждение, господствующее вне или внутри дискурса, не должно мешать никому из говорящих реализовать свои права, определённые выше³¹.

Какая-либо спорная норма лишь тогда может получить одобрение со стороны всех участников практического дискурса, когда данный принцип имеет силу. То есть, «когда прямые и побочные действия, которые *общее* следование спорной норме предположительно возымеет для удовлетворения интересов *каждого отдельного* индивида, могут быть без какого бы то ни было принуждения приняты всеми. ... На значимость могут претендовать только те нормы, которые получают (или могли бы получить) одобрение со стороны всех заинтересованных лиц как участников практического дискурса»³².

Тем самым, «этика дискурса предлагает не какие-либо содержательные ориентиры, но опирающуюся на определенные предпосылки процедуру, которая должна гарантировать беспристрастность в формировании суждений. Как процедура, практический дискурс предназначен не для продуцирования оправданных норм, а для проверки того, насколько действительны гипотетически взвешенные нормы. ... Основоположение этики дискурса запрещает особо выделять, ссылаясь на философский авторитет, какие-либо определенные нормативные содержания (например, определенные принципы справедливого распределения) и *раз и навсегда* закреплять их средствами теории морали»³³. Несомненно, универсальность – а дискурсивная теория немецкого мыслителя претендует на универсальность – может быть только формальной. Но она не может абстрагироваться от содержания: сегодня убедить любую аудиторию с помощью манипулятивных технологий можно почти во всем, что угодно (вспомним про онтологическую неопределенность, включающую неопределенность рисков³⁴). Поэтому минимальная функциональная значимость – условие выживаемости социума (трансцендентное условие) – дополняется делиберацией, наделяющей формальные процедуры дискурса контекстуальным содержанием (и наоборот: дискурсивные процедуры должны обладать хотя бы минимальной функциональностью). Конечно, не любое выживание достойно того, чтобы жить (как справедливо утверждает Д. И. Луковская³⁵).

31 Там же. С. 140.

32 Там же. С. 146.

33 Там же. С. 182.

34 Об этом весьма красноречиво пишет автор теории «общества риска» У. Бек. «Во Втором модерне мы находимся в совершенно ином игровом поле, поскольку что бы мы ни делали, мы всегда ждем неожиданных последствий... Несмотря на значительные усилия исследователей, мы знаем только то, что не знаем, как развиваются цепи инфекции, на какой инкубационный период рассчитывать и сколько будет смертельных случаев только в Европе – 500 или 5000. ...Мировое общество риска, таким образом, является эпохой цивилизации, в которой решения, касающиеся жизни не только нынешнего, но и последующих поколений, принимаются на основе сознательного незнания». - Бек У. Власть и ее оппоненты в эпоху глобализации. Новая всемирнополитическая экономика / пер. с нем. А.Б. Григорьева, В.Д. Седельника; послесловие В.Г. Федотовой, Н.Н. Федотовой. М.: Прогресс-традиция, 2007. С. 152-153.

35 Луковская Д.И. Легитимность права: дискуссионные проблемы // Легитимность права: коллективная монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И. Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019. С. 22, 26.

Но само по себе выживание – это минимальное условие всего остального, включая достойную жизнь. Без обеспечения выживания невозможен общественный прогресс, невозможно обеспечение прав человека, реализация принципа справедливости и т.д.

Очевидно, что сегодня в разных странах процедуры обсуждения социальных проблем и придания им юридической значимости отличаются, как и практики, воспроизводящие эти процедуры. Но во всех государствах такие практики – это прерогатива правящей элиты и представителей основных социальных сил страны. Крайне редко, в основном – в кризисных ситуациях, инициативу выработки социальных инноваций, всегда облеченных в правовые формы, берет в свои руки неорганизованное население. Более того, именно политические лидеры организуют население в общество (по крайней мере – в социальные группы) через механизм представительства. Они же – лидеры – ведут борьбу за право определять «медиа повестку» и, в конечном счете, социальную (и юридическую) значимость тех или иных проблем.

В то же время принципы делиберации сегодня закреплены в конституционном законодательстве большинства стран мира. Право на участие в управлении делами общества, право петиций, всеобщее избирательное право и др. достаточно полно выражают идеи делиберации. При этом нужно помнить, что идеал никогда не может совпадать с его воплощением – на то он и идеал. Более того, важно, чтобы закрепление идеала в законодательстве было адекватным, а его актуализация в практиках действенным. Об этом речь пойдет ниже.

2.Объективация источника права в формах его внешнего выражения.

Право не существует вне его объективации – закрепления в соответствующих формах. Форма в предельно широком смысле слова – это организация чего-либо. Социальная (и правовая) реальность может существовать только при том условии, что она будет оформлена – соответствующим образом организована. Реальность как таковая характеризуется двойственностью: сотворенностью и одновременно структурностью – организованностью формой, предшествующей процессу конструирования³⁶. Именно форма задает «горизонт определённого модуса существования» чему-либо, в нашем случае – праву. Форма – оформление – права одновременно означает, что какой-либо социальной проблеме придана юридическая значимость.

Формы внешнего выражения права уместно разделить на нормативные и индивидуальные. К первым традиционно относятся нормативные правовые акты, судебные прецеденты (или решения высших судебных органов, имеющих прецедентный характер), правовые обычаи, нормативные договоры, доктрина. Некоторые авторы к формам внешнего выражения нормативности права относят также и другие их разновидности: религиозные правила; прецеденты толкования (официальные нормативные интерпретационные акты высших органов публичной власти, например: обзоры судебной практики и постановления Пленума Верховного Суда РФ, постановления Конституционного Суда РФ); юридическая практика; моральные воззрения; локальные акты муниципальных образований; корпоративные нормы; деловые обыкновения; правосознание; принципы права; нормы международного права; интуитивное право (индивидуальную нормативную систему); наука (не только юридическая); нормы политических партий; нормы освободительных

³⁶ Об этом небезынтересно рассуждает М. Ямпольский: Ямпольский М. Формы реальности. Очерки теоретической антропологии. М.: Новое литературное обозрение, 2022. С. 28.

движений; нормы преступных сообществ; разум³⁷. Не все из перечисленного, как представляется, относится к формам нормативности права (например, интуитивное право, правосознание, если оно не объективировано в другие формы, разум). Признавая дискуссионность изложенной точки зрения (восходящей к теории множественности «источников права» Л.И. Петражицкого), считаю, что данной вопрос требует специального исследования. Сейчас же полагаю важным акцентировать внимание на другой проблеме: можно ли логически непротиворечивым способом обосновать полное и точное закрепление социальной проблемы (в ее юридической значимости) в законодательстве?

Казалось бы, юридическая техника должна дать положительный ответ на этот вопрос. Однако все обстоит гораздо сложнее, чем казалось в век кодификации (в XIX – XX вв.). Сегодня стало очевидной завышенность претензии человеческого Разума, которую можно обозначить как «миф позитивного права», – построить идеальную (завершенную, непротиворечивую, охватывающую все возможные юридически значимые ситуации) правовую систему. Беспробельность системы норм права (трагуемых как языковые конструкции, по-разному действующие при разных обстоятельствах и посылках, а не императивные предписания, заключающие в себе раскрытие неких объективных идей и принципов)³⁸ – не более, чем иллюзия³⁹. В этой связи достаточно последовательной представляется позиция М. ван Хука по данному вопросу: «Правовые системы, в отличие, например, от математических систем, не являются независимыми от общества, которому они принадлежат и которое организуют. Каждая правовая система представляет собой часть более общей социальной системы. Правовая система – это способ организации общественного, экономического, морального и других типов поведения. Следовательно, правовые системы должны соответствовать обществу. /.../ В то же время встроенные в общество и строго детерминированные им современные правовые системы оказываются относительно автономными. /.../ В самом слабом смысле ‘автономия’ означает только то, что правовая норма или система могут быть идентифицированы как нечто отличное от морали, религии или другой системы правил, и что это не просто повторение свода внеправовых правил./.../ Параллельно существует методологическая автономия, включающая следующие три аспекта а) автономию языка: технический язык права развивается, создавая собственные понятия и наделяя специфическими значениями привычные слова; б) автономию стиля: уставы, судебные решения, договоры и т.п. составляются в определенном стиле; с) автономию аргументации: способы аргументации и мышления, используемые в праве, отличаются от принятых в других формах дискурса (например, в экономическом, политическом или религиозном дискурсе)»⁴⁰.

37 Тонков Е.Н. Толкование права как способ его принудительной легитимации // Легитимность права: коллективная монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честнова. СПб.: Алетейя, 2019. С. 114-115.

38 Так понимается норма права К.Э. Альчурроном и Е.В. Булыгиным. - Антонов М.В. Право в аспекте нормативных систем // Российский ежегодник теории права. Вып. 3. СПб., 2011. С. 301.

39 «Так называемый постулат герметической (или необходимой) полноты права – а он представляет собой юридическую версию того же самого логического постулата – необоснован в утверждении о том, что любая правовая система является полной./.../ Из того, что правовые системы являются гипотетическими, следует, что ни одна правовая система не может быть абсолютно замкнутой /.../О полноте как свойстве нормативной системы можно говорить только применительно к контексту множества обстоятельств или случаев и множеству деонтически квалифицированных действий /.../Поэтому нормативная полнота – не более, чем идеал, к которому нормативные системы должны стремиться, идеальное правило». - Альчуррон К.Э., Булыгин Е.В. Указ. Соч. С. 314, 424, 402, 444.

40 Ван Хук М. Право как коммуникация // Российский ежегодник теории права. Вып. 1. СПб, 2009. С. 409, 412-413.

Одновременно оказалось невозможным дать исчерпывающее понятие какому-либо сложному правовому явлению или процессу⁴¹, найти логические связи между уровнями системы законодательства. Между принципами права и законодательством, а тем более его конкретизацией в процессуальных нормах, нет содержательной связи. Из одного и того же принципа права или конституционного положения можно сделать логически непротиворечивым способом значительно отличающиеся выводы. Например, из принципа разделения властей можно сформировать президентскую, парламентскую или смешанную республиканские формы правления и конституционно-монархическую. Из принципа независимости судебной власти – несколько вариантов организации судебной системы. То же самое касается «сводимости» прав человека к конкретной системе его реализации: право на образование ли медицинское обслуживание может быть реализовано в разных вариантах. Более того, между принципами права всегда существует конкуренция, которая не имеет универсальных рациональных оснований разрешения: невозможно разрешить все случаи коллизии права наций на самоопределение и территориальной целостности государства; права на информацию или свободу передвижения и безопасность и т.д.

Вышеизложенное дает основания для заключения, сделанного в свое время Г. Хартом: «Какой бы механизм, прецедент или законодательство ни выбрать для сообщения образцов поведения, они, как бы гладко ни работали среди огромной массы обычных случаев, окажутся в некоторый момент, когда их применение будет под вопросом, неопределенными: они будут обладать тем, что терминологически выражается как *открытая структура*»⁴².

3. Воплощение источника права в юридических практиках.

Источник права в конечном счете проявляется или дает о себе знать только тогда, когда он становится массовой (широко распространенной) и многократно используемой практикой. В социолого-правовом смысле это не что иное, как правопорядок. Именно в нем и воплощается источник права. По правопорядку можно судить о том, стала ли правовая инновация реально действующим и действительным (опять-таки в социолого-правовом смысле) правом.

Правопорядок как совокупность юридических практик – правоотношений и простых форм реализации права (соблюдения, исполнения и использования, которые могут протекать как в правоотношениях, так и вне их) в постсовременном, информационном социуме конструируется властью, использующей новые цифровые технологии воздействия на массовое правосознание⁴³. «Власть – указывает М. Кастельс, – базируется на контроле

41 Уже И. Бентам признал, что общий (классический) метод определения юридических терминов несостоятелен. «Среди подобных абстрактных терминов мы вскоре приходим к таким, для которых отсутствует более общая родовая категория. Определение *res genus et differentiam* в случае его применения к указанным терминам не может обеспечить никакого продвижения вперед ... Его также недостаточно для того, чтобы определить предлог или союз ... «через» – это ... «потому что» – это ... и так далее» (Bentham. A Fragment on Government. Ch. V. Note 6. – Цит. по: Касаткин С.Н. Как определять социальные понятия? Концепция аскриптивизма и отменяемости юридического языка Герберта Харта: монография. Самара, 2014. С. 382-383.

42 Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 130. Р.Алекси называет это «неопределенностью»: «Таким образом, можно говорить о «зоне неопределенности» позитивного права, которая в той или иной степени присутствует в каждой правовой системе. Случай юридической практики, попадающий в зону неопределенности позитивного права, можно назвать «сложным случаем или сложным судебным делом». – Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму) / пер. с нем. А.Н. Лаптева, Ф. Кальшойер, ред. Т.Ф. Яковлева М.: Инфотропик, 2011. С. 87.

43 См. подробнее: Честнов И.Л. Институционализация правопорядка постклассическая интерпретация // Правопорядок: элементы общей теории: монография / под общ. ред. М.А. Беляева, В.В. Денисенко, А.И. Клименко. М.: Проспект, 2020. С. 55-62.

за коммуникацией и информацией», хотя «власть больше чем коммуникация, а коммуникация больше чем власть»⁴⁴. Цифровые технологии, определяющие содержание коммуникативной революции, «приводят к образованию глобальных мультимедийных бизнес-сетей, характеризующихся либерализацией, приватизацией и упорядочиванием дерегулирования как на национальном, так и на международном уровне...». В результате резко возрастает «влияние корпораций в медиа, информационных и коммуникационных индустриях на общественно значимые институты, что может превратить коммуникационную революцию в сервис по обслуживанию бизнес-интересов. Влияние рекламной индустрии на медиабизнес путем трансформации людей в измеряемую аудиторию ведет к подчинению культурных инноваций или удовольствия от развлечения коммерческому потреблению. Свобода выражения и коммуникации в Интернете и в глобальных/локальных системах мультимедиа зачастую сокращается, оказываясь под наблюдением государственного аппарата, политических элит и идеологических/религиозных аппаратов»⁴⁵. Таким образом, налицо амбивалентность оценки технологических изменений, влекущих социальные (включая политические) последствия: как справедливо замечает И. Крастев, по мере того как распространяются информационные и коммуникационные технологии, общественная жизнь все больше демократизируется, а индивиды получают все больше возможностей. Однако в то же время новые технологии позволяют правительствам и крупным корпорациям собирать, организовывать и иметь моментальный доступ к почти неограниченным объемам информации о предпочтениях и моделях поведения граждан. Возможности для манипулирования и даже принуждения становятся все более очевидными, так что над самыми основами демократии нависла реальная угроза. Элиты обращаются к выборам как к возможности манипулировать людьми, а не выслушивать их; новые технологии маргинализуют голосование как источник обратной связи, в то время как протестующие используют выборы в качестве возможности собственной демонстрации, а не как инструмент формирования политики⁴⁶.

В то же время новые цифровые технологии, прежде всего, интернет, производит **сегментацию (или фрагментацию) процесса институционализации правопорядка** в связи с новой социальной дифференциацией или социальной диффузией: сегодня существует множество центров или референтных групп, в которых формируются свои правопорядки (на уровне обычного права), которые не всегда дополняют официальный правопорядок. Это связано, ко всему прочему, с тем, что в условиях «многообразия информационных потоков трансляция целостной и универсализированной картины мира оказывается невозможной, Она становится клиповой и разорванной; для нее характерны теперь поверхностное скольжение по разным дискурсам и отход от привычных иерархических схем мышления»⁴⁷. Более того, при очевидном росте контроля со стороны государства за населением, опять-таки использующем новые технологии, он – контроль – затрудняется используемыми цифровыми технологиями, обеспечивающими относительную приватность. Поэтому в множестве социальных групп складываются собственные нормы права (так называемое «живое право» в социолого-правовой терминологии), воспроиз-

44 Кастельс М. Власть коммуникации / пер. с англ. Н.М. Тылевич; под науч. ред. А.И. Черных. М., 2016. С. 20.

45 Там же. С. 76.

46 Krastev I. From Politics to Protest // Journal of Democracy. 2014. Vol. 25. N24. P. 5-19.

47 Горин Д.Г. Производство смысла и коды социального опыта в России. М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. С. 336.

водимые повседневными практиками. В этой связи возникает серьезная теоретическая (и практическая) проблема как официальное право должно реагировать на такую мультикультурность. Полагаю, что ответ зависит от политики данного государства и оценки неофициальных правовых институтов – насколько угрожающими они воспринимаются правящей элитой⁴⁸. Кроме того, развитие цифровых технологий в демократических государствах формирует нового субъекта правовой инновации – народную инициативу, которой, чтобы она стала фактически действующей, должен быть предан официальный статус законодательной инициативы. Еще важнее, с точки зрения социологии права, роль медиа, использующих цифровые технологии, в деле легитимации официально принятого нового правового института. Так, в нашумевшей книге Э. Херманна и Н. Хомского «Производство согласия»⁴⁹, авторы развивают идею о принципиально важной роли СМИ в формировании общественного мнения (прежде всего, в международной политике, в том числе, в отношении к Вьетнамской войне в США, в признании выборов в странах третьего мира как свободных или антидемократических в связи с идеологическим отношением к ним в Белом Доме). Только если широкие народные массы принимают нормативный правовой акт, используют его в повседневных практиках, тогда он обладает социальной действительностью как действительностью, в противном случае остается мертворожденным.

Итак, власть (точнее – власти во множественном числе в конкурентной борьбе с другими центрами власти), используя цифровые медиа-технологии, формирует общественное мнение, убеждая население в том, что правовая инновация жизненно необходима. Затем придает ей юридическую форму. Далее – убеждает правоприменителей и население соблюдать, исполнять, использовать и применять новое правила поведения (новый правовой институт). М. Кастельс достаточно подробно описывает как именно медиа создают основной источник социализирующей коммуникации, т.е. коммуникации, обладающей потенциалом охвата общества, с помощью «фреймирования общественного сознания». «Исследования коммуникации, - пишет испанский социолог, - определили три основных процесса, вовлеченных в отношения между медиа и населением при передаче и получении новостей, с помощью которых граждане воспринимают себя в отношении с миром: установление повестки дня, прайминг и фрейминг.

Установление повестки дня относится к формированию особой значимости одного конкретного вопроса или набора информационных тем источником сообщения (например, конкретной медиаорганизацией) в надежде, что аудитория с повышенным вниманием отнесется к содержанию и формату подобного сообщения. ... Исследования повестки дня установили, что осведомленность общества в вопросах, в частности, политических/стратегических, тесно связана с уровнем освещения вопросов в национальных медиа.

Прайминг (фиксирование установки) происходит: когда новостной контент подсказывает новостным аудиториям, что они должны использовать специальные темы как ориентиры для оценки эффективности деятельности лидеров и правительств. Это часто понимается как расширение установленной повестки дня... Гипотеза прайминга опирается на когнитивную модель ассоциативных сетей. Она предполагает, что сюжеты, связанные

48 Подавляющее большинство неофициальных правовых институтов дополняют действующее законодательство, хотя некоторые (например, институты преступных сообществ) ему очевидно противоречат.

49 Herman E., Chomsky N. Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media. 2-nd ed. N.Y., 2002. О роли СМИ в конструировании общественного мнения авторы опираются на пионерскую работу У. Липпмана «Общественное мнение» (1922).

с конкретными вопросами, которые влияют на один узел памяти, могут распространяться, влияя на мнения и установки по другим вопросам.

Фрейминг – это процесс отбора (селекции) и выделения некоторых аспектов событий или проблем и установления связей между ними таким образом, чтобы способствовать распространению определенной интерпретации, оценке и (или) решению. Фрейминг представляет собой основной механизм активации сознания, поскольку он напрямую связывает структуру передаваемого медиа нарратива с нейронными сетями мозга.... Фрейминг как выбранное отправителем сообщения действие иногда является преднамеренным, иногда случайным, а иногда интуитивным, но он всегда обеспечивает прямую связь между сообщением, получающим его мозгом и следующим за этим действием»⁵⁰. Очевидно, что описанные механизмы формирования общественного сознания нуждаются в «переводе» на юридический язык применительно к процессу институционализации правопорядка, но отрицать их эвристическую ценность не приходится.

Важную роль в организации практик, воспроизводящих правопорядок, играет *мотивация*. Она (включая в широком смысле слова все психические проявления активности человека) детерминирует практики, являясь «ближайшей» причиной любого действия и его результата. При этом мотивация задается институтом, в который включен индивид, хабитусом, индивидуальными предрасположенностями (идиосинкразией) и конкретной ситуацией, в которой происходит выбор способа действия (зачастую без специальной рефлексии как результат установки, привычки).

Основоположник социальной феноменологии А. Шюц различал мотив как «состояние дел, цель, которую намерены достичь предпринимаемым действием («мотивом-для») и «(подлинный) мотив-потому-что», с точки зрения действующего относящийся к его прошлому опыту, побуждающему его действовать тем или иным образом»⁵¹. «Даже самые простые взаимодействия в повседневной жизни, - пишет А. Шюц, - предполагают наличие серии конструктов здравого смысла – в данном случае конструктов ожидаемого поведения Другого, - основанных на идеализации, что „мотивы-для“ действующего лица станут „мотивами-потому-что“ его партнера и наоборот. Мы будем называть ее идеализацией взаимности мотивов»⁵².

Правопорядок образуют те практики, которые осмысляются акторами и означиваются ими же с позиции внешнего наблюдателя как юридические. Поэтому правовые практики, именуемые на юридическом языке правоотношениями и простыми формами реализации права (соблюдением, исполнением и использованием), включают как внешний, поведенческий аспект (материальную или объективную сторону), так и внутренний, ментальный или психический, выраженный в постоянной интерпретации и переинтерпретации действий и последствий акторов, контрагентов, ситуации, контекста. Изменения убеждений, как указывает Р. Дворкин, проистекающие из социальной жизни, вызывают трансформации практик⁵³ и, добавлю от себя, являются их источником в социолого-правовом смысле.

50 Кастельс М. Указ. Соч., С. 184-185.

51 Там же. С. 23, 24.

52 Там же. С. 25.

53 Дворкин Р. Империя права / Перс с англ. С. Моисеева; под науч. ред. С. Коваля, А. Павлова. М.: Издательство Института Гайдара, 2020. С. 191.

Таким образом, институциональные практики, образующие и воспроизводящие правопорядок, включают взаимообусловленность (всегда уникальную) структурного принуждения социальных типизаций и личностного опыта, преломляемые к интериоризируемой ситуации в историческом и социокультурном контексте. Такой подход значительно отличается от традиционного позитивистского описания юридической практики, так как акцентирует внимание не только на внешнюю ее сторону, но на диалог как взаимообусловленности разных сторон или аспектов этой сложной многогранной деятельности.

4. Методология сравнительного правоведения применительно к источнику и формам права.

Сегодня – в начале XXI в. – наблюдается переход от классической картины мира к неклассической и постклассической (постнеклассической), который связан с изменением соответствующих типов рациональности⁵⁴. Классическая рациональность, соединяющая познавательный и онтологический аспекты⁵⁵, ориентирована на объективность познания внешнего мира трансцендентным субъектом, воплощающим научный разум как таковой, а тем самым постулирует универсальность и аподиктичность научного знания. Она четко описывается схемой субъект-объект. Неклассическая рациональность проблематизирует объективность познания, признавая зависимость представления об объекте от используемого метода (шире – позиции субъекта). Она вписывает в субъект-объектное отношение опосредующий его метод. Постклассическая (или постнеклассическая) рациональность вводит субъект-объектное отношение в социокультурный контекст, определяемый историей, ценностями, интересами и потребностями субъекта⁵⁶. Ближе всего к постклассическому типу рациональности, как представляется, примыкает парадигма социальной эпистемологии⁵⁷, а также социологии знания. Именно они могут быть использованы в качестве методологии компаративистики, адекватной вызовам постсовременности⁵⁸.

«Человекоцентристское» измерение социальности, сформированное постклассической картиной мира, основанное на методологии социального конструктивизма⁵⁹, а также близких ему теоретических направлениях дискурс-анализ⁶⁰ и теории социальных пред-

54 См. подробнее: Постнеклассика: философия, наука, культура: Коллективная монография / Отв. ред. Л.П. Киященко, В.С. Степин. СПб., 2009.

55 «Научный Метод должен обеспечивать взаимное соответствие мышления и социальной действительности» - описывает Декартову установку Ю.Л. Качанов. – Качанов Ю.Л. Социология социологии: антитезисы. М.; СПб., 2001. С. 39.

56 Отличия классической, неклассической и постнеклассической научной картины мира, включающей соответствующий тип рациональности, связаны также с типами объектов исследования (конструируемые научной картиной мира): простые механистические системы, сложные саморегулирующиеся системы и сложные саморазвивающиеся системы. – Степин В.С. Классика, неклассика, постнеклассика: критерии различения // Постнеклассика. С. 250 и след.

57 См.: Социальная эпистемология: идеи, методы, программы / Под ред. И.Т. Касавина. М., 2010.

58 См. подробнее: Честнов И.Л. Методология сравнительного правоведения // Голубева Л.А., Черноков А.Э., Честнов И.Л. Сравнительное правоведение: учебник для высших учебных заведений. Гатчина: Изд-во ГИЭФПТ, 2020. С. 51-78.

59 Честнов И.Л. Конструирование социально и правовой реальности // Конструирование девиантности. Монография / Под ред. Я.И. Гилинского. СПб., 2011; Gergen K. Realities and relationships: soundings in social construction. Cambridge (Mass.); London, 1994. P. 184.

60 Fairclough N. Critical Discourse Analysis. London, 1995; Laclau E. Discourse // The Blackwell Companion to Contemporary Culture / Ed. By R. Goodin, P. Pettit. Oxford, 1993; Laclau E, Mouffe C. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics. London, 1985.

ставлений⁶¹ предлагает следующую «картину» социальной реальности: 1) любое социальное явление (процесс, норма, институт) существует в трех модусах бытия – в виде массового поведения, знаковой формы и ментального образа, включая индивидуальные, групповые и коллективные (социальные, общественные) формы проявления, взаимодействующие друг с другом; 2) социальное явление является результатом предшествующей практики, в том числе, означивания, в определенном смысле результатом произвола (по отношению к предшествующим явлениям и практикам), который, впрочем, не может быть каким угодно, выступая, в то же время, относительно устойчивой структурой – массово повторяющимся поведением, зафиксированным знаком и общепринятым ментальным образом; 3) социальное явление (институт) не есть некая данность, объективная сущность, открываемая в «природе вещей», а представляет собой социальный конструкт, обусловленный и ограниченный хабитуализацией (опривычиванием) предшествующих практик; 4) оно никогда не является окончательно завершенным, а находится в состоянии постоянного переосмысления, а тем самым, трансформации; 5) любое социальное явление контекстуально и релятивно: оно зависит от исторического и социокультурного контекста, то есть, его содержание определяется связью с другими социальными явлениями и обществом как целым.

В общем и целом, постклассическая методология предполагает «переоценку фундаментализма, признание многомерного образа реальности, а также неустранимой множественности описаний и «точек зрения», отношения дополнительности и взаимодействия между ними. Преодоление тотального господства одной (любой) доктрины – это, по существу, не только идеологическое, но и методологическое требование для философии познания XXI века. Мы уже работаем в контексте многих постмодернистских принципов, не всегда осознавая, как известный герой Мольера, что „говорим прозой“»⁶².

Переходя собственно к методологии сравнительного правоведения, необходимо отметить, что для нее характерны все изложенные выше проблемы⁶³. В принципе, единственное отличие методологии сравнительного правоведения – преимущественное использование всеобщего научного метода – сравнения. При этом юридическая компаративистика использует все иные методы правоведения для наполнения сравнительно-правового анализа конкретным содержанием.

Структуру юридической компаративистики можно вслед за А.Д. Тихомировым описать как единство и взаимодополнение доминирующего мировоззрения, типа научного мышления, существующих общенаучных и частнонаучных парадигм. философских и других оснований, методологических подходов, теории и других научных знаний, потенциально возможных и используемых методов, методик конкретных юридических компаративных исследований⁶⁴.

61 Moscovici S, Farr R. (eds.) Social Representations. Cambridge, 1984.

62 Микешина Л.А. Философия познания... С. 53 – 54. Авторы коллективной монографии «Социальная эпистемология», которую смело можно квалифицировать как постклассическую, выделяют следующие ее характерные черты: контекстуализм, герменевтическую истолковательность, дискурсивность, интерсубъективность, смысловую направленность, релятивизм, акцент на практическое знание и экзистенциальный опыт, категориальные сдвиги в неклассическом мышлении. – Социальная эпистемология: идеи, методы, программа /Под редакцией И.Т. Касавина. М., 2010. С. 15 – 257.

63 См. подробнее: Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев, 2005. С. 187-261.

64 Тихомиров А.Д. Указ. Соч. С. 253.

Сравнительный метод позволяет соотнести изучаемое явление с другими явлениями и тем самым гораздо лучше выявить его существенные характеристики. Однако, несмотря на многочисленную литературу по сравнительному правоведению, приходится констатировать, что этот метод (точнее – методика, основанная на всеобщем методе сравнения) в юриспруденции разработан крайне недостаточно. Поэтому обратимся к социологической и политологической литературе, в которой методологические проблемы сравнительного анализа изучены гораздо лучше⁶⁵.

Сравнение как таковое – это выявление общего и особенного в сравниваемых объектах, явлениях. В результате можно обнаружить эмпирические законы соответствия (корреляции), последовательности условий и явлений (каузации) или отношения подобия, хотя само по себе сравнение – не более чем описание, иллюстрация, средство подтверждения некоторой гипотезы⁶⁶.

В основе методики сравнения лежит выявление отношений между заранее выделенными переменными. При этом выделяются зависимые переменные (выступающие как результат воздействия некоторых условий, обстоятельств) и независимые (характеризующие эти условия и обстоятельства), а также вмешивающиеся (оказывающие определенное воздействие на связь зависимых и независимых переменных). Важное значение при сравнительных исследованиях придается также выбору параметров – постоянных характеристик (качеств) объекта.

При проведении сравнения возникают достаточно серьезные методологические проблемы, на которых следует остановиться подробнее.

1) Проблема сравнимости. Условием сравнения является некоторая относительная схожесть и различие исследуемых объектов, явлений. Тожественные и абсолютно несхожие явления сравнительному анализу не поддаются. Поэтому необходимо найти «золотую середину» того и другого. При исследовании отношения зависимых и независимых переменных рекомендуется выбирать объекты, схожие по большинству параметров, хотя можно использовать максимальное различие для выявления их контрастности.

2) Проблема эквивалентности понятий и процедур, используемых в исследовании. Она связана с проблемой лингвистической относительности, то есть невозможности адекватного перевода содержательных понятий с языка одной культуры на язык другой⁶⁷.

65 Алмонд Г., Пауэлл Дж., Стром К., Далтон Р. Сравнительная политология сегодня. Мировой обзор. М., 2002; Доган М., Пеласси Д. Сравнительная политическая социология. М., 1994; Сморгун Л.В. Сравнительная политология: Теория и методология измерения демократии. СПб., 1999; Он же. Современная сравнительная политология. Учебник. М., 2002; Чилкот Р.Х. Теории сравнительной политологии. В поисках парадигмы. М., 2001. Обращаем внимание, что в этих работах рассматриваются именно методологические проблемы сравнения, а не просто приводятся результаты сравнительных исследований. Из юридических исследований метода сравнительного правоведения можно выделить: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного правоведения // Очерки сравнительного права / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1981; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. I.: Основы. М., 1998; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. Общая часть: Учеб. для юрид. вузов. М., 2001. Пожалуй единственным монографическим исследованием методологии сравнительного правоведения на постсоветском пространстве является монография А.Д. Тихомирова: Тихомиров А.Д. Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев. 2005.

66 Сморгун Л.В. Сравнительная политология. С. 35.

67 С этой проблемой столкнулись, в частности, японцы, когда в конце XIX в. проводили реформы своего законодательства по образу и подобию западноевропейского: оказалось, что в японском языке не адекватного эквивалента английскому *freedom*, так как соответствующий японский термин означает эгоизм, что для японцев высшей ценностью не является. В каком же смысле тогда можно говорить о правах человека в Японии? – См.: Doi T. The anatomy of dependence. Tokyo, 1981. P. 84 – 85; White M. The Japanese educational challenge: A commitment to children. N.Y., 1987. P. 24.

Поэтому перед проведением сравнительного исследования необходима концептуализация и по возможности операционализация основных понятий, терминов, на основе которых оно будет производиться. При этом желательно сходство индексов и индикаторов сравниваемых объектов. Для установления единства используемых в разных культурных контекстах понятий рекомендуется процедура обратного перевода, предварительного зондажа используемых понятий.

3) Проблема универсальности: отражают ли общие понятия реальное содержание правовых процессов и явлений в различных культурно-исторических контекстах? Для преодоления этой, вытекающей из предыдущей, проблемы рекомендуется сравнение, проводимое по нескольким уровням абстрактности выделяемых процессов.

4) Проблема интерпретации сравниваемых явлений: одно и то же правовое явление имеет разные смыслы в различных культурно-исторических контекстах. Способом преодоления этой проблемы может быть идея, высказанная Л. Витгенштейном, состоящая в том, что смысл слова может быть обнаружен только в контексте его использования, применения. Поэтому сравнительный анализ, например, демократического политического режима или прав человека в различных странах должен быть конкретизирован условиями (способами) их практического воплощения и анализом значений, им придаваемых в соответствующей культуре.

Существуют и другие проблемы методологического свойства, относящиеся к сравнительному анализу⁶⁸. При проведении конкретных сравнений используются следующие методики: 1) case study – анализ отдельного случая, одного конкретного правового института, явления и его сравнение с другим отдельным конкретным явлением. Она используется для интерпретации данного явления с точки зрения определенной теории, для проверки (подтверждения) теории, гипотезы, для изучения отклоняющихся от нормы явлений. 2) Бинарное сравнение – исследование двух явлений для выявления общего и особенного в них. 3) Региональное сравнение – сравнение групп регионов, государств с точки зрения схожести и различия их некоторых параметров (например, уровня преступности). 4) Глобальное сравнение – анализ некоторых параметров (например, преступности) в мировом масштабе (в большинстве стран мира, в регионах мира). Эти исследования стали наиболее популярными в 60-е гг. XX в. в связи с появлением «глобальной» статистики, однако в 90-е гг. их интенсивность несколько упала из-за проблемы сравнимости. 5) Кросс-темпоральное исследование – включающее переменную времени, то есть динамический анализ: динамику изменения какого-либо явления, свойства изучаемого объекта в определенный промежуток времени. Это может быть как локальный уровень сравнения, так и глобальный⁶⁹.

Использование перечисленных выше методик может быть использовано достаточно легко для сравнения форм внешнего сравнения нормативности права. И учебники, учебные пособия, монографии по компаративистике содержат хороший именно такого рода материал. Однако если пытаться проводить сравнительный анализ источника права в социолого-правовом аспекте, то потребуются гораздо более сложное с методологической точки зрения исследование, которое включало бы анализ правовой культуры как контекста юридически значимых практик, господствующий в данном социуме механизм юри-

68 См.: Сморгун Л.В. Сравнительная политология. С. 40 – 48.

69 О видах сравнительных исследований см. подробнее: там же. С. 49 – 53.

дического означивания, изучение мотивации акторов правопорядка и другие моменты, о которых речь шла выше. Но, несмотря на большую сложность такого рода исследования, именно оно даст гораздо более адекватную картину, например, правовой системы Японии и объяснит почему близкая к романо-германской система законодательства реализуется на практике весьма специфическим образом. Это же, хотя и с меньшей очевидностью, характерно и для сравнения источника и форм права в России и Болгарии.

1.3. Соотношение источника права и формы права

Авторство термина «источник права» принадлежит перу не юриста, а историка. Им стал древнеримский историк Тит Ливий. Античный учёный в произведении «Римская история от основания города» писал: «Законы двенадцати таблиц – источник всего публичного и частного права». Сегодня мы можем предположить, что эти слова носят характер метафоры, сравнения, но не научного понятия. Вероятно, Тит Ливий понимал под источником права в данном контексте истоки, корни римского права, основу, фундамент, на которых сложилось право Римского государства. С тех пор понятие «источника права» прочно вошло в словарь юриста и используется как учёными, так и практиками. Вместе с тем и сегодня продолжают споры о значении данного понятия, то, утихая, то, вновь вспыхивая с новой силой, словно тлеющие угли.

В дореволюционном правоведении Е.Н. Трубецкой писал, что источники права представляют собой не все силы и причины, которые вызывают право к жизни, а только те силы и причины, которые сообщают тем или другим правилам значение юридических норм, т.е. обуславливают их обязательность. Обязательность законам придаётся государственной властью, обычаям – практикой. Все эти причины или условия сводятся по существу к одному первичному условию – авторитету общества людей, в котором действуют эти нормы⁷⁰.

В советской правовой науке также не было единства мнений по поводу понятия источника права. Одни исследователи источниками права считали материальные условия жизни общества, другие – формы выражения права и придания ему свойства обязательности, третьи объединяли эти подходы и выделяли два значения данного термина – материальный и формальный (специально-юридический)⁷¹. Вслед за Н.М. Коркуновым ряд исследователей советского периода сущность источника права связывали с теми формами объективирования юридических норм, которые служат признаками их обязательности⁷².

Следует отметить, что взгляды советских учёных на понятие источников права были обусловлены господствующим в то время юридическим мировоззрением, основываемым на марксизме-ленинизме. Поэтому неудивительно, что истоки, корни права учёные того времени искали в производственных отношениях, а право и его формально-юридические источники сводили к государственной воле и такой форме его выражения как нормативно-правовому акту. Отрицалось в советском правоведении значение таких

70 Трубецкой, Е.Н. Энциклопедия права. / Е.Н. Трубецкой. - Спб.: Лань, 1999. С. 98.

71 Шебанов, А.Ф. Форма советского права. / А.Ф. Шебанов. - М.: Юридическая литература, 1968. С.39; Зивс, Л.С. Источники права. / Л.С. Зивс. - М., 1981. С. 22.

72 Левенок, А.А. Источники права в современной теории государства и права. / А.А. Левенок. // Правовые проблемы укрепления российской государственности: Сборник статей. Ч. 15. / Под ред. В.Ф. Воловича. Томск. 2003. С. 126 – 130.; Муромцев, Г.И. Источники права (теоретические аспекты проблемы). / Г.И. Муромцев. // Правоведение. 1992. № 2. С. 23 – 30.; Мицкевич, А.В. Источники (формы выражения) российского права. / А.В. Мицкевич. // Закон: создание и толкование / Под ред. А.С. Пиголкина. М., 1998. С. 7 – 40.

источников права как правовой обычай, юридический прецедент, судебная практика, правосознание и правовая доктрина.

Неоднозначно источник права определяется и в зарубежной юридической науке. Разные подходы к определению источников права приводит французский учёный-теоретик Жан-Луи Бержель. В своём произведении «Общая теория права» автор выделяет содержательные и формальные источники права. Содержательными (сущностными) источниками или созидательными силами права могут быть, как указывает Жан-Луи Бержель, разнообразные принципы, служащие идеологической основой права, а также факты социальной действительности, требования ситуации. Формальными же источниками, с точки зрения учёного, являются формы формирования юридических норм, то есть приёмы и акты, посредством которых эти нормы вызываются к жизни, становятся составной частью позитивного права и обретают статус норм закона⁷³.

По нашему мнению, споры по поводу термина «источники права», отсутствие поддерживаемой всеми учёными точки зрения на его значение предопределяются следующими причинами.

Прежде всего, многозначностью самого слова источник. Правоведы основываются лишь на одном или двух значениях этого слова, а потому и не приходят к единодушному пониманию⁷⁴. На наш взгляд следует определить все значения данного понятия, используемого в науке о праве и практической юриспруденции, и выбрать из них тот, который действительно отражает те или иные закономерности права и имеет практическое значение в правовом регулировании для упорядочения отношений между людьми и разрешения юридических дел.

Кроме того, смысловое значение понятия источника права зиждется на правопонимании исследователя.⁷⁵ Так, сторонники естественно-правовой концепции связывают источник права с божественной волей, естественным порядком вещей, разумом человека, равенством и справедливостью. Юристы, которые стоят на позициях юридического позитивизма, источник права отождествляют с волей государства. Представители социологического направления в юриспруденции источники права сводят к социальным условиям жизни общества или правотворческой и правоприменительной деятельности государственных органов. Основатель юридического нормативизма Ганс Кельзен источник права выводит из самого права. Одна юридическая норма основывается на другой правовой норме, истекает из её юридической силы.

Анализ подходов к источникам права наводит на мысль, что большинство юристов источники права понимают как силы, творящие право.

Представляется, что источник права следует понимать в нескольких смыслах.

Во-первых, с позиций происхождения слова, его общеупотребительного значения источник представляет собой: 1) струю жидкости, вытекающую из земли; 2) то, что даёт начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь; 3) письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование⁷⁶. Юристы восприняли второе и тре-

73 Бержель, Ж.-Л. Общая теория права. / Ж.-Л. Бержель. - М.: Notae bene, 2000. С. 97 – 98.

74 Марченко, М.Н. Источники права. / М.Н. Марченко. - М.: Проспект, 2005. С. 45 – 46.

75 Остроух, А.Н. Всероссийская научная конференция «Источники (формы) права: вопросы теории и истории». / А.Н. Остроух. //Правоведение. 2002. № 4. С. 207 – 213.

76 Словарь русского языка/Составитель С.И. Ожегов. М., 1953. С. 225.

ть значение понятия источник в аспекте причин образования права и форм выражения его вовне.

Во-вторых, источники права понимаются как силы, факторы, причины, которые порождают право. При этом как было выше замечено, характеристика источников права как порождающих право факторов зависит от мировоззрения учёного. Источник права коренится в общественной практике, в экономических, социальных, политических и культурных отношениях, которые отражаются в правосознании народа и закрепляются в тех или иных формах права, приобретая черты формальной определённости, общеобязательности, нормативности и гарантированности силой государственного принуждения.

В-третьих, в информационном, идеологическом смысле источник права понимается как идеи, принципы, ценности, воспринятые действующим позитивным правом.

В-четвёртых, источники права могут рассматриваться в качестве источников познания правовых систем прошлого и современности⁷⁷. Это своего рода материал, с помощью которого познаётся происхождение и сущность той или иной правовой системы. Источниками познания права могут быть нормативно-правовые акты, судебные и административные решения, сборники правовых обычаев, произведения и комментарии учёных, археологические и этнографические памятники.

В-пятых, источник права в формально-юридическом аспекте равнозначен внешней форме выражения права, то есть форме его существования и выражения вовне. Данное значение источника права, на наш взгляд, и имеет собственно юридический характер.

Материальный и идеологический аспекты источника права отражают генезис права, его возникновение, причины, лежащие в его основе, сущность права, а потому относятся к вопросам происхождения и понимания права, а также проблемам теории правотворчества, предмету философии и социологии права. Источник права как источник наших знаний права, как правило, употребляется в исторических науках о праве (истории государства и права России, истории государства и права зарубежных стран).

Источник же права в специально-юридическом смысле отражает закономерности существования и организации права, формы его выражения, то есть права как такового, реального, сложившегося социального феномена. В практическом отношении источник права в этом значении характеризует на основе, каких форм права упорядочиваются общественные отношения, какие формы права устанавливают права и обязанности субъектов права, с помощью каких форм права разрешаются юридические дела правоприменительными органами. В этом смысле теория источников права охватывается предметом юридической теории, догмы права, аналитической юриспруденции и имеет практическое значение.

Сущность и назначение источников права выражается в следующих чертах:

1. Источники права придают праву формальную определённую, ясность, точность и недвусмысленность, что препятствует произвольному толкованию и применению юридических норм в угоду чьим-либо интересам. Иными словами формальная определённая права обеспечивает реализацию принципа формального равенства – применение равной меры ко всем субъектам права;
2. Источники права обеспечивают стабильность, устойчивость права, и как следствие предсказуемость, мир и порядок общественной жизни;

⁷⁷ Калинин, А.Ю., Комаров, С.А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права. / А.Ю. Калинин, С.А. Комаров. //Правоведение. 2000. № 6. С. 3.

3. Источники права гарантирует определённую и чёткую правовую позицию субъектов права, упорядоченность деятельности государства, что исключает произвол и злоупотребление властью⁷⁸;
4. Источники права служат средством упорядочения, организации содержания права. Так, в нормативно-правовых актах юридические нормы выражаются в особом порядке: распределяются по главам, частям, параграфам, статьям, пунктам и т.д. Такой порядок расположения правовых норм обеспечивает их взаимосвязь, способствует правильному пониманию и применению;
5. С помощью источников право становится доступным для его восприятия, толкования и применения субъектами права и правоприменительными органами;
6. Благодаря внешним формам существования и выражения права поддается научному познанию и осмыслению. Источники права – юридическая действительность, эмпирия, для исследования которой появляется наука – юриспруденция;
7. С помощью источников права право совершенствуется и улучшается;
8. Вне источников, форм выражения позитивное право не существует и представляет собой лишь ценности, идеалы правосознания законодателя или народа. Источником права такие идеалы, идеи, ценности становятся, когда признаются обязательными государством в той или иной форме в силу их авторитета или поддержки обществом.
9. К аргументам за употребление термина «источник права» следует отнести:
 1. Данный термин более удобен для использования в юридическом языке, нежели термин «внешняя форма права», так как он более краток и лаконичен;
 2. Категория источника права отражает все известные мировой практике виды форм выражения права, тогда как внешняя форма права охватывает своим значением писанные источники права (нормативно-правовые акты, договоры с нормативным содержанием, судебные прецеденты). Таким образом, категория источника права является универсальной, так как обобщает черты как писанных, так и неписанных форм права (правосознание, правовая доктрина, принципы права, правовой обычай)⁷⁹;
3. Употребление понятия «источник права» стало традицией, вошло в привычку, признаётся большинством учёных и практиков. Допустимость его использования стала, словно соглашением, конвенцией между правоведами.
4. Таким образом, в исследовании источник права понимается в смысле институциональной формы выражения права, получившей признание со стороны общества и государства и обеспечивающей упорядочение отношений между людьми. При этом право может иметь писаную или неписаную форму, различные способы формирования и санкционирования. Такой подход к источникам права позволяет отвлечься от догматического восприятия права как писаной воли государства и включить в научный обиход реально действующие, но не признаваемые в среде учёных формы проявления права – неписанные источники права. Тщательное изучение природы правовой доктрины приводит к выводу о том, что доктринальные идеи о праве выступают источником права.

78 Черданцев, А.Ф. Толкование закона и договора. / А.Ф. Черданцев. - М., 2003. С. 26 – 27.

79 Сорокин, В.В. Концепция эволюционных преобразований правовых систем в переходный период. / В.В. Сорокин. - Барнаул.: Алт-й гос. ун-т, 2002. С. 396.

1.4. Источники права как основание классификации национальных правовых систем

Одна из задач сравнительного правоведения заключается в разработке классификаций национальных правовых систем. Устоявшимися классификациями являются классификации, предложенные во второй половине XX в Р. Давидом и К. Цвайгертом и Х. Кетцом. Они предложили различные основания классификаций. Р. Давид, кроме юридических критериев, включая юридическую технику, использовал идеологический фактор, принимал во внимание религию, философию, экономику, социальную структуру.⁸⁰ На этих основаниях он ввел понятие «правовая семья» и изначально выделил романо-германскую правовую семью, правовую семью общего права и социалистического права. Позже семья социалистического права была им исключена.⁸¹

К. Цвайгерт и Х. Кетц вводят понятия «правовой стиль» и «правовой круг». Правовой стиль складывается из 5 факторов: это происхождение, эволюция правовой системы, своеобразие юридического мышления, специфические правовые институты, источники права и природа их толкования, идеологические факторы.⁸² В свою очередь выделяются следующие правовые круги – романский, германский, скандинавский, англо-американский, социалистический, право ислама, индуское право.

При всех различиях в классификациях все ученые-компаративисты признают особенность источников права как общее основание выделения правовых систем.

Традиционно две основные правовые семьи – романо-германского и общего права – расходились в соотношении закона и судебной практики. «Общее право» развивалось по пути признания судебного прецедента как источника права. Именно судейское право сформировало единое общее право, что позволяет в зависимости от контекста общее право⁸³ и прецедентное право применять как синонимы. Именно прецедентное право разработало многие принципы и категории права, поскольку писаное право, статуты и делегированное законодательство стали развиваться позже. В английском праве положение закона (статута) определялось принципом парламентского верховенства, согласно которому парламентские полномочия были неограниченными, а все статуты имели равную юридическую силу. В результате идея верховенства конституции как основного закона не была воспринята.

Иная ситуация наблюдалась в правовых системах романо-германского права. Они основывались на идее верховенства закона и исходили из концепции *res judicata*, согласно которой судебное решение является обязательным только для сторон, участвующих в деле. ГК Австрии оговаривает, что судейское право не является источником права. ГК Франции запрещает судьям выносить решения по рассматриваемым делам в виде общего распоряжения, т.е. решения, имеющего законодательную силу. В то же время кодекс Наполеона запрещал судьям отказывать в рассмотрении дела «под предлогом молчания, темноты или недостаточности закона» (ст.4 ГК Франции).

80 Давид Р. Основные правовые системы современности. 1988. М., Прогресс. 496 с.

81 Жофре-Спинози К., Давид Р. Основные системы современности. 2009. М., Международные отношения. 456 с.

82 Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. 2000. М., Международные отношения. 480 с.

83 Общее право также применяется для обозначения правовой семьи. В данном значении в статье термин применяется в кавычках.

Исследование источников права национальных правовых систем позволяет проследить как формирование их общих черт, так и проявление национальных особенностей. На уровне правовой семьи это в конечном счете дает возможность определить, насколько сохраняется своеобразие источников права на данном этапе развития. Ведь система источников, при всей общей консервативности, меняется, что выражается в характере и роли судебной практики, законодательства, правовой доктрины.

Исследование эволюции источников права вносит вклад в развитие теории права. Выявление общих и отличительных черт в развитии источников права ведет к заключениям либо о сближении (конвергенции) или расхождению (дивергенции). Каждое направление строится на приоритете одного или другого направления.

Определенная конвергенция наблюдается в развитии романо-германского и «общего права», прежде всего в изменении соотношения закона и судебного права.

В странах «общего права», несмотря на разное соотношение статута и прецедента на этапе становления, в настоящее время статут и статутное право в целом занимают значительное место в источниках права в результате роста удельного веса. Он привел к тому, что значительная часть общественных отношений регулируется статутами. Изменения в отдельных отраслях также проводится в форме статутов, поскольку прецедентное право развивается поступательно и значительно медленнее.

С другой стороны, в правовых системах романо-германского права увеличивается роль судебного права. В этих странах суды обязаны выносить решение на основе закона, однако расширительное толкование закона зачастую приводит к формированию новой нормы.

Сторонники идеи конвергенции исходят из естественной конвергенции в ходе правовой эволюции. Они полагают, что национальные системы в своей основе имеют общие начала, которые обуславливают в том числе глобальную конвергенцию, получившие в зарубежной правовой доктрине понятие «нового общего права» („new common law“). В данном случае термин «общее право» используется не только для английского права, но приобретает более общий, универсальный характер, определяющий общее развитие разных национальных правовых систем. Таким образом, в таком случае термин «общее право» наполняется новым содержанием. Предполагается, что сходное развитие источников права является проявлением так называемой «естественной конвергенции». То есть для национальных правовых систем характерна тенденция к сближению, и источники права ее выражают. Такая позиция получила развитие в конце XX в. и сохранилась еще в начале XXI в., однако события последних десятилетий продемонстрировали усиление национальных особенностей стран с разными правовыми культурами. Наиболее ярко это продемонстрировал брекзит - выход Великобритании из ЕС. Тем самым было продемонстрировано, что тенденции конвергенции не получили доминирующей позиции в развитии современного права.

Утверждение национальных особенностей привело к развитию «критического сравнительного права», которое делает акцент именно на отличительных чертах национального права и приходит к выводам не о сближении, а о дивергенции. Сторонники данного направления не отрицают, что в основе национальных правовых систем лежат общие подходы. Однако они трансформируются применительно к конкретным социальным условиям. При этом следует заметить, что отличия рассматриваются не в негативном праве, а как следствие многообразия правовых культур.

Черты дивергенции проявляются и в рамках отдельных правовых семей.

Достаточно обратиться к особенностям права стран Северной Европы, в котором традиционно судебское право играло значимую роль, в отдельных аспектах сопоставимую с прецедентным правом. С другой стороны, с этим связана особенность кодификации, которая в этих странах не получила такого завершённого характера, как в странах Западной Европы. В компаративистике это привело к дискуссиям о том, допустимо ли относить право данной группы стран к «общему праву». Однако в силу того, что «общее право» формировалось под влиянием английского права, а здесь такого влияния не наблюдалось, правовые системы стран Северной Европы были отнесены к семье романо-германского права, но выделены в отдельную подгруппу (по определению К. Цвацгерта и Х. Кетца, Северного права).

Определённые различия наблюдаются и в положении судебной практики. В отличие от ГК Франции ГК некоторых европейских стран допускает существование судебного права как вспомогательного, вторичного источника. ГК Швейцарии прямо допускает судебское законодательство. ГК Испании предлагает судьям при обнаружении пробела в праве последовательно обращаться к обычаю, судебному решению, общим принципам.

Различия имеют место и в правовых системах, входящих в правовую семью «общего права». Они начали наблюдаться уже в колониальный период с развитием адаптации английского права к местным условиям.⁸⁴ По мере укрепления национального права и освобождения от английского влияния национальное своеобразие стало проявляться более отчетливо, что привело к многообразию национальных правовых систем в рамках правовой семьи. Как отмечают английские ученые, «общее право» скорее стремится достичь «гармонию в различиях», чем «гармонизации путем устранения различий». Английское право способствовало тому, что различия не нивелировались, а продолжали существовать в рамках правовой семьи.

К примеру, для стран «общего права» характерно разнообразие конституций. Они различаются как по форме (писаные и неписаные, одноактные и многоактные), так и по времени принятия. В данной правовой семье сохраняется различие в положении статута. Если в английском праве он определяется принципом парламентского суверенитета, то в США - принципом жесткого разделения властей.

Ряд существенных различий можно отметить в положении делегированного законодательства. Несмотря на то, что оно активно развивается во всех странах «общего права», его статус, правовое регулирование, а также формы контроля над ним существенно различаются, прежде всего в США как президентской республике и Великобритании как парламентской монархии.

Таким образом, источники права продолжают оставаться важным основанием классификации национальных правовых систем. Они демонстрируют общее и особенное в развитии и состоянии национального права.

1.5. Источник права в трактовке Николая Григорьевича Александрова

Вопрос о понимании источника права и его видах можно рассматривать как один из центральных в теории права. Решение этого вопроса неразрывно связано с проблемой правопонимания, а также «с господствующим мировоззрением, свойственным соответ-

84 Markensinis B. Comparative Law. A Subject in Search of an Audience // Modern Law Review. Vol. 1. P.53