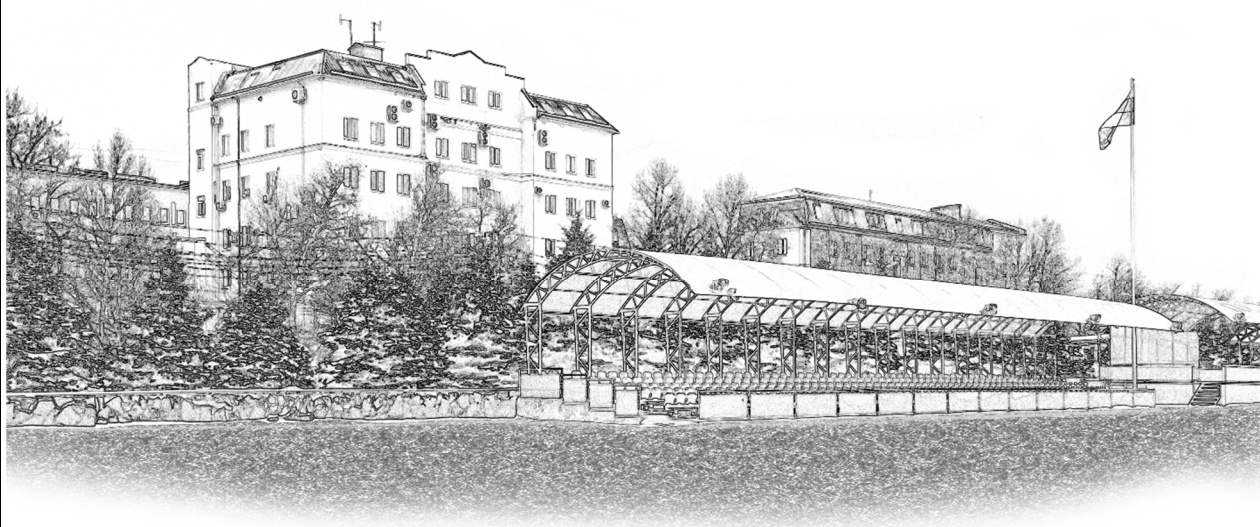




Краснодарский университет МВД России

Л. В. Карнаушенко

ФОРМЫ ПРАВА



Краснодар
2024

Краснодарский университет МВД России

Л. В. Карнаушенко

ФОРМЫ ПРАВА

Учебное пособие

Краснодар
2024

УДК 340.15
ББК 67.0
К21

Одобрено
редакционно-издательским советом
Краснодарского университета
МВД России

Рецензенты:

Н. С. Нижник, доктор юридических наук, профессор, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации (Санкт-Петербургский университет МВД России);

Ю. А. Артамонов, кандидат юридических наук, доцент (Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя).

Карнаушенко Л. В.

К21 **Формы права : учебное пособие / Л. В. Карнаушенко. – Краснодар : Краснодарский университет МВД России, 2024. – 120 с.**

ISBN 978-5-9266-2079-2

Рассматриваются понятие форм (источников) права, их виды и особенности функционирования как в публично-правовой, так и в частноправовой сферах. Раскрываются причины и особенности генезиса и эволюции основных источников права, ключевые этапы распространения различных форм права в основных правовых системах. Анализируются причины доминирования тех или иных источников в рамках конкретных национальных правовых систем.

Для профессорско-преподавательского состава, адъюнктов, курсантов, слушателей образовательных организаций МВД России и сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации.

УДК 340.15
ББК 67.0

ISBN 978-5-9266-2079-2

© Краснодарский университет
МВД России, 2024
© Карнаушенко Л. В., 2024

Введение

Форма права представляет собой одну из наиболее значимых и одновременно дискуссионных правовых категорий всей юридической науки. При этом сущностное предназначение и роль формы права как в современной правовой системе, так и в прошлом не вызывает никакого сомнения. По своей сути данный правовой феномен содержит в себе внешнее проявление права, с одной стороны, и его источник в формальном значении – с другой.

На протяжении столетий в отечественной и зарубежной теоретико-правовой мысли ведутся дискуссии по поводу определения терминологического значения формы права, ее общей характеристики, а также видового разнообразия. Однако прийти к единому мнению исследователям не удалось, поскольку сложности возникают, помимо прочего, и в раскрытии общих свойств формы права в учебной литературе, которая представляет собой разнообразие различных подходов в рассматриваемой сфере.

Тем не менее можно утверждать, что научная полемика позволила представителям академической науки прийти к довольно интересному выводу в разрешении дискуссионных вопросов в сфере общетеоретической юриспруденции. В частности, признаются синонимическими понятия «форма права» и «источник права» (в большинстве случаев условно). Иногда можно встретить употребление связки этих категорий (например, «форма (источник) права»). Достижение такого хрупкого равновесия среди представителей научного сообщества не снимает остроты дискуссий ввиду сложности и разнообразия форм права не только в рамках одной правовой системы, но и в целом среди различных правовых семей.

В рамках представленного учебного пособия будет дана общая характеристика различных форм права, в сравнительно-правовой ретроспективе рассмотрены особенности источников (форм) права Древнего Востока, Античного мира, романо-германской и англосаксонской правовых систем, а также мусульманского права. В завершение будут затронуты некоторые дискуссионные вопросы формы права в публичной и частноправовой сферах.

Учебное пособие будет интересно студентам, обучающимся по всем юридическим специальностям и направлениям подготовки, аспирантам, докторантам, а также всем, кто интересуется проблемами внешнего выражения такого сложного социального явления, как право.

1. Форма права: понятие и общая характеристика

В первую очередь необходимо определить, каковы сущностные основы формы права, что представляет из себя эта категория, каково ее терминологическое обоснование в юридической науке прошлого и настоящего. Здесь, безусловно, следует акцентировать внимание на довольно интересном историческом факте, связанным с первым упоминанием такого феномена, как источник (форма) права, который среди представителей научного сообщества никоим образом не оспаривается. Так, по дошедшим до наших дней сведениям, первое упоминание об источниках права было связано с именем древнеримского историка Тита Ливия, что более подробно будет рассмотрено ниже.

Пока же подчеркнем, что значимость формальных источников права не подвергалась сомнению и сохраняла свою актуальность и безусловную ценность на протяжении тысячелетий (от Древнего Рима и до настоящего времени). Тем не менее это не устраняет того факта, что правоведами множество раз акцентировалось внимание на многообразном понимании источников (форм) права, их роли и значении в различные исторические эпохи, особенностях проявления в национальных правовых системах и правовых семьях, огромном видовом разнообразии. Многие вопросы и до настоящего времени остаются дискуссионными. В данном контексте уместно привести слова выдающегося юриста советского периода А.Ф. Шебанова, который более полувека назад отметил, что от порядка установления и формы выражения правовых норм во многом зависят понимание членами общества сущности и содержания права, соблюдение ими правовых предписаний¹.

Подходы к пониманию и соотношению источников и форм права

Наличие различных подходов к пониманию формы и источника права обусловлено особенностями их проявления в различных правовых системах как прошлого, так и современности в значительном разнообразии. Отчасти это обуславливается особенностями правопонимания, доминированием определенного

¹ Шебанов А.Ф. Форма советского права. М.: Юрид. лит., 1968. С. 7.

подхода в обосновании взаимосвязи права и государства, роли личности в обществе, границами правового воздействия на индивида, институциональными основами права, а также конфигурацией самих источников права в определенной национальной правовой системе. Помимо прочего, в литературе отмечается постоянное развитие формы права совместно с аналогичными процессами, происходящими в государственно-правовой жизни, а также трансформации самих источников права на различных периодах государственно-правового и социального развития¹. Другими словами, формы (источники) права не являются застывшими и постоянными по своей сути и содержанию, данный правовой феномен подвержен непрерывным преобразованиям, утрате или, наоборот, повышению статуса и значимости отдельных видов.

В специализированных монографических трудах ряда исследователей довольно детально излагаются сущность и назначение источников права, которые выражаются в следующих их свойствах:

- придание праву формальной определенности, ясности, точности и недвусмысленности;

- обеспечение стабильности, устойчивости права и, как следствие, предсказуемости; достижение мира и порядка в общественной жизни;

- способность придать определенность и четкость правовому положению субъектов права, упорядоченность деятельности государства;

- способность служить средством организации содержания права, его внешней и внутренней структуры;

- обеспечение доступности правовых норм для его восприятия, толкования и применения;

- содействие научному познанию и осмыслению права;

- создание предпосылок по совершенствованию и улучшению права².

¹ Злобин А.В. Формы права в современной России // Lex russica (русский закон). 2018. № 4(137). С. 24.

² Иерархия и координация источников права: теоретические и сравнительные аспекты / под ред. А.А. Васильева. Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2023. С. 35–36.

В юридической науке существуют различные подходы, раскрывающие значение источника права, основными среди них являются:

а) *идеалистический* – в рамках указанного направления источник права определяется как его идейные истоки; то есть в зависимости от типов правопонимания такими источниками выступают основные права человека, природные инстинкты, правосознание и др., сюда же относится понимание рассматриваемого феномена в качестве источника познания права, а именно правового памятника, а также документа, отражающего право той или иной исторической эпохи;

б) *формально-юридический*, который в большей степени свойственен для общетеоретической юридической науки и отождествляет источники права с внешними формами его выражения и существования; в традиционном понимании источник права в формальном смысле – причина юридической обязательности нормы;

в) *материальный*, который, в свою очередь, признает источником права социальные факторы, в частности силы, творящие право (например, материальные условия общества, общественную практику), а также обусловившие его конкретное содержание¹.

Что касается материального подхода, следует остановиться на нем более подробно, поскольку указанное направление было доминирующим в отечественной юриспруденции в течение большей части прошлого столетия и продолжает таким оставаться у отдельных авторов.

С позиций представителей материалистического подхода под формой права с точки зрения внутренней организации и внешнего выражения волевого содержания права, определяемых действиями правотворческих органов государства, понимаются принятые в данном обществе формы выражения нормативной государственной воли правящего класса. При этом в рамках подхода всегда подчеркивалось, что применительно к социалистическому обществу под правящим классом подразумевается весь

¹ Теория государства и права: учеб. / под ред. А.В. Петришина. Харьков: Право, 2015. С. 107; Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки: Труды юридического факультета. 1946. Вып. 116. Кн. 2. С. 3.

народ¹. Следовательно, согласно данному подходу ключевая роль отводилась государственным институтам, что на первый план выводило именно нормативный правовой акт в качестве ключевого источника права. Однако на практике это не означало, что высшей юридической силой всецело обладал закон: он подменялся такой правовой категорией, как «законодательство», которое включало в себя широкий перечень подзаконных актов, являющихся итогом правотворческой деятельности исполнительных органов власти.

Правоведы по поводу терминологического спора об источниках и формах права отмечают, что в последнее время наметилась тенденция различать «истоки» и «источники» права. В связи с этим истоки рассматриваются как предпосылки правообразования, подразделяющиеся на первичные – материальные (общественные отношения) и производные (идеологические, психологические и технические основания правообразования).

С позиций юридической науки источники права в юриспруденции именуются не иначе как формальными источниками или источниками (формами) права. Такой посыл акцентирует внимание на их юридическом содержании, в котором заключается единство объективных тенденций общественного развития и субъективного волеизъявления лиц, наделенных правотворческими полномочиями, выражающееся в последующем в конкретной форме. В свою очередь, форма права представляет собой проявление бытия объективно существующих правовых норм, внешние формы их выражения и последующего закрепления. Данная логическая цепочка приводит представителей академической науки к вполне обоснованным выводам о том, что источник права в формальном (юридическом) значении – это одновременно и источники, и формы права. Именно в них выражена мера охраняемого и защищаемого обществом и государством права².

Изложенное еще раз подтверждает дискуссионный характер таких двух, на первый взгляд, тождественных и в то же время несколько отличающихся юридических понятий, как «форма права» и «источник права», а сама проблематика уже на протяжении

¹ Шебанов А.Ф. Указ. соч. С. 24.

² Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): учеб. Харьков: Эспада, 2007. С. 488–489.

длительного периода времени не позволяет мыслителям прошлого и исследователям настоящего прийти к единому мнению. Поэтому, как довольно метко по данному поводу отметил профессор М.Н. Марченко, сложилось два традиционных подхода: отождествления и несовпадения. Одновременно с этим парадоксальность ситуации заключается в возможности существования и третьей позиции – совпадение в одних отношениях формы и источника права, а в других их отличие¹.

Довольно специфический подход к раскрытию источников и форм права в ретроспективном понимании отражен в работе Н.Е. Чижова. В частности, в качестве ключевого критерия классификации всевозможных видов источников права выделяется историческое развитие самосознания личности и, как следствие, довольно специфическая периодизация². Автором выстраивается логическая взаимосвязь, в рамках которой указывается, что источник права личность находила при посредстве эмансипации своего духа и действий от окружающей среды, которая шла в связи с самосознанием личности. В свою очередь, самосознание личности дало ей возможность подойти к самостоятельности и свободе, которые составляют существенные условия справедливости (а она, в свою очередь, выступает необходимым элементом права)³. Приведенная логическая цепочка позволяет по-иному взглянуть на становление источников права, которые складывались не только в самом обществе, непосредственно инициировались им (обычай), утверждались органами власти (нормативные акты), но также являются своего рода производными от правосознания личности.

Ретроспективный анализ позволяет однозначно установить, что именно римский историк Тит Ливий назвал законы XII таблиц «*fons omnis publici privatique iuris*» – источником всего публичного и частного права. В данном контексте понятие «источник» употреблено в смысле корня, из которого выросло могучее дерево римского права. Считается, что таким образом Ливий

¹ Марченко М.Н. Теория государства и права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2018. С. 56–57.

² Чижев Н.Е. Источник и формы права. Варшава: Тип. И. Носковского, 1878. С. I–II.

³ Там же. С. 8–9.

хотел термином «источник» обозначить начало, от которого идет развитие римского права.

Далее, с развитием правоведения, с появлением специальной юридической литературы по римскому праву, накопившейся за две тысячи лет, выражение «источники права» стало наиболее часто употребляться в следующих различных смыслах:

- 1) как источник содержания правовых норм;
- 2) как способ, форма образования (возникновения) норм права;
- 3) как источник познания права¹.

Вполне логично, что понимание источника (формы) права зависит от аспекта, в рамках которого рассматривается данная юридическая категория.

Знаменитый дореволюционный правовед Г.Ф. Шершеневич, размышляя по поводу формы (источника) права, также затрагивал обозначенные вопросы. В первую очередь он отмечал, что различные формы, в которых выражается право, носят издавна название источников права, раскрываются через исток (место появления, зарождения). В то же время юрист подметил: «Термин этот представляется, однако, малопригодным ввиду своей многозначности». Поэтому и не удивительно, что даже спустя более чем столетие с той поры споры между исследователями относительно источников – форм права не утихают, более того, теоретические дискуссии продолжаются и в наше время. В продолжение своих размышлений Г.Ф. Шершеневич говорил, что под термином «источники права» следует понимать:

а) силы, творящие право, например, когда говорят, что источником права следует считать волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть;

б) материалы, положенные в основу того или другого законодательства; в качестве аргументации данной позиции были приведены довольно емкие по своему характеру примеры развития права, в частности: римское право послужило источником для Германского гражданского уложения; труды ученого Потье – для французского Кодекса Наполеона; Литовский статут – для Уложения Алексея Михайловича;

¹ Новицкий И.Б. Римское право: учеб. для вузов. М.: ИКД ЗЕРЦАЛО-М, 2003. С. 12.

в) исторические памятники, которые когда-то имели значение действующего права, например, когда говорят о работе по источникам, например по *Corpus juris civilis*, по Русской Правде и т. п.;

г) средства познания действующего права, например, когда говорят, что право можно узнать из закона¹.

Довольно интересный подход к познанию источников права предложен Т.В. Кашаниной, где указывается, что источниками права является воля правотворческих субъектов (через которую объективная реальность преломляется в нормах права), а именно:

воля человечества (в правах человека, принципах права);

воля народа (в референдумных нормах);

воля государства (в законодательных нормах);

воля коллектива (в корпоративных нормах);

воля граждан, организаций (в договорных нормах).

Таким образом, автор приходит к выводу, что источники права – это результат осознания объективных общественных потребностей посредством ряда правотворческих процедур. То, чем будут наполнены формы права, как раз и зависит от волевой обусловленности или от источников права².

Также немаловажным представляется и позиция Т.В. Кашаниной относительно того, что форма права, в свою очередь, представляет собой резервуар, где находятся юридические нормы, то, из чего мы черпаем знания о праве³. По большому счету, здесь можно отметить, что если источники права – это истоки, где они появляются, то форма – это их последующее оформление.

Существуют и довольно специфические представления об источнике права, которые раскрываются через правовую норму. Большинство из них относятся к советскому периоду развития отечественного правотворчества, когда теоретическому обоснованию генезиса и эволюции советского права традиционно уделялось повышенное и пристальное внимание всего экспертного сообщества.

¹ Общая теория права. Вып. 1 / Г.Ф. Шершеневич. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1910. С. 368–369.

² Кашанина Т.В. Эволюция форм права // *Lex russica* (русский закон). 2011. Т. 70. № 1. С. 37.

³ Там же.

Приведем пример, демонстрирующий подобный подход. Так, размышляя об источниках права, профессор С.Л. Зивс пришел к выводу: «Источник права есть внешняя форма объективизации правовой нормы». Далее, по его мнению, следует утверждать, что «только объективизированная ("в определенной форме") норма становится общеобязательной, правовой нормой, реализация которой обеспечивается соответствующими средствами государственного воздействия». Переходя от общего понимания источников права к конкретной юридической норме, С.Л. Зивс подчеркивает, что норма права не существует и не может существовать вне источника права¹.

Таким образом, проанализировав все вышеперечисленные подходы, можно с уверенностью утверждать, что правовая норма, рассматриваемая как источник права, внешне выражается именно в форме права.

Наличие разноплановых форм права свидетельствует о значительной зависимости способов закрепления правовых норм от социокультурных факторов, равно как и от множественности иных причин, оказывающих на них влияние. Сюда же можно отнести и чрезвычайную инертность (порождающую, как известно, определенную степень стабильности), проявляющуюся в многовековой преемственности источников права.

Разнообразие источников права, их соотношение, приоритет тех или иных видов порождают множественность, которая представляется довольно характерным явлением для развития различных по своему социально-политическому содержанию правовых систем. В подтверждение изложенного можем привести еще одно высказывание авторитетного советского исследователя С.Л. Зивса о том, что данная ситуация в определенной мере выражает и рост абсолютного объема правового регулирования, и увеличение разнообразия методов (диверсификацию) правового воздействия². Далее, при рассмотрении ключевых тем настоящего учебного пособия, мы неоднократно будем видеть подтверждение вышеприведенных фактов, поскольку именно так развиваются и современные правовые системы, и уже отжившие и неприменяемые правовые массивы.

¹ Зивс С.Л. Источники права. М.: Наука, 1981. С. 9.

² Там же.

Возвращаясь к онтологическим основам источников (форм) права, следует отметить, что до сих пор параллельно существуют различные подходы к пониманию этой юридической категории (категории правоведения). В частности, источник права по своему смысловому предназначению употребляется в качестве «источника познания права». В рамках такого подхода обозначенное понятие охватывает все то, что содержит в себе данные, позволяющие познать характер и содержание права различных государств на протяжении их исторического развития. В итоге сюда относятся тексты законов, записи обычаев, судебные дела, выступления юристов в судебных делах, летописи и исторические хроники, археологические памятники и т. д. Логичность такого подхода обосновывается его соответствием принятому в русском языке значению слова «источник»¹.

Весьма схожим с обозначенным является подход к пониманию источников права, в рамках которого под ними подразумеваются исторические памятники (памятники права), имевшие значение действующего права². Для отечественной истории государства и права это Русская Правда в различных редакциях, для зарубежных стран – Законы XII Таблиц, Салическая правда и др.

В связи с этим не удивительно, что исторически выработалось несколько подходов относительно понимания источников права. Как справедливо отмечается в литературе, достичь единства в подходах к проблеме внешнего выражения права (использовать «источник» либо «форму») в юридической науке не представляется возможным по причине разнообразия школ и направлений³. Добавим, что множественность подходов к пониманию источников права лишь на первый взгляд кажется неким негативным моментом, затрудняющим четкое понимание искомой юридической категории. На самом же деле присущая гуманитарной науке в целом и юриспруденции в частности конкуренция парадигм, конкуренция истин – это позитивный момент, позволяющий сопоставить все имеющиеся представления и сформулировать наиболее оптимальный подход к той или иной категории, явлению или понятию.

¹ Шебанов А.Ф. Форма советского права. М.: Юрид. лит., 1968. С. 39.

² Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М., 2011. С. 23.

³ Мухаев Р.Т. Теория государства и права: учеб. для вузов. М.: ПРИОР, 2002. С. 306.

Далее отметим, что, когда речь идет об источниках права, следует помнить о том, что неоднозначное понимание этой категории присутствовало всегда. Это вызвано в первую очередь неоднородностью самих форм права (что заметно не только на протяжении значительных исторических периодов развития правовой системы в отдельных государствах, но также в рамках сравнительно-правового анализа крупных правовых семей). Способствует этому и наличие большого количества разновидностей источников права даже в пределах одного государства (единой национальной правовой системы).

В специальной литературе отмечается, что оригинальное сочетание различных материальных источников права зачастую проявляется именно в их региональных особенностях. Наглядно это заметно в канадской провинции Квебек, а также американском штате Луизиана. Фактически в указанных федеративных субъектах, несмотря на принадлежность Соединенных Штатов Америки и Канады к англосаксонской правовой системе и, как следствие, преобладание судебного прецедента в качестве источника права (справедливости ради отметим, что в последние годы происходит увеличение роли законодательных актов), там продолжает действовать модернизированное право романского типа¹. Такая ситуация сложилась в силу исторического прошлого, когда части будущих стран находились в колониальной зависимости от государств с различными правовыми системами (Франция – романо-германская, Великобритания – англосаксонская). Подобных случаев можно привести множество, что свидетельствует, с одной стороны, о значительной гибкости различных источников (форм) права, с другой – об их стабильности на протяжении столетий.

В современных государствах наблюдается множественность источников права, более того, нередко сложно выделить один преобладающий источник, поскольку даже в этом случае, наряду с ним, могут применяться и иные (поэтому следует вести речь о множественности источников права в рамках одной национальной правовой системы, когда условный приоритет одного из них не исключает применения иных). Указанная множественность

¹ Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 27.

источников права привлекала к себе внимание исследователей во все времена и остается весьма актуальной научной проблемой и в настоящее время. В специализированной литературе среди факторов, обусловивших такое многообразие источников права, выделяют следующие:

1) недостаточная устойчивость недавно возникшей государственной власти, в силу чего возникает потребность широкого применения обычаев, сложившихся в обществе еще до образования государства (Меровингская монархия, Рим до издания законов XII таблиц);

2) отражение партикуляризма (от лат. *particula* – «небольшая часть», *particularis* – «частичный») правовой системы, где право выступает как «привилегия», различная для имеющих сословий (хартии и договоры как источник права в феодальной Европе);

3) компромисс с прошлым, который проявляется в действии стародавних обычаев (обычное право в волостных судах царской России) или в виде архаических судебных прецедентов (Англия);

4) результат вынужденной уступки трудящимся («автономное» право);

5) итог сращивания государственного аппарата с аппаратом предпринимательских организаций;

6) попытка усилить органы администрации путем предоставления им в известных пределах права издания правовых норм или стремление усилить роль суда за счет предоставления ему широких прав по толкованию и восполнению закона;

7) стремление государства придать в известной степени правотворческую роль общественным организациям¹.

Относительно соотношения таких фундаментальных юридических понятий, как «форма права» и «источник права», следует отметить наличие значительного количества мнений. Это характерно не только для современной отечественной юридической науки, но и для советского и дореволюционного периодов, а также зарубежной правовой мысли.

¹ Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки: Труды юридического факультета. 1946. Вып. 116. Кн. 2. С. 21.

В специализированных изданиях на основе скрупулезного анализа затрагиваемой проблематики авторами отмечается наличие ряда подходов, порой диаметрально противоположных. Согласно одному из них фактически существует полное разделение объемов каждого из рассматриваемых терминов, даже без их частичного совпадения, в связи с наличием собственного специфического смысла. Данная позиция подразумевает, что формальный источник права представляет собой деятельность по формулированию правовых норм (законотворчество, создание судебных прецедентов, санкционирование обычаев в целях придания им правовой силы и т. д.). В свою очередь, способы выражения или закрепления правовых норм являются различными внешними формами права¹.

В рамках другого подхода происходит отождествление содержания понятий «формальный источник права» и «внешняя форма права». Такой подход означает использование разных терминов (источник и форма) в качестве синонимических понятий для обозначения одного и того же явления – способов выражения и закрепления действующих правовых актов, и, как следствие, им придаются свойства общеобязательности и гарантированности².

Не вдаваясь в дискуссию по поводу приоритетности данных идей, каждая из которых имеет право на существование и довольно аргументирована с теоретико-правовых позиций, а также на основе богатого эмпирического материала обосновывает достоверность своего существования, отметим, что данная ситуация имеет право на существование.

Несмотря на единый подход к пониманию соотношения источника и формы права в отечественном правоведении, традиционно при анализе ключевых отличий указывается, что источник права подразумевает под собой условия и факторы, которые обуславливают само содержание правил поведения и сообщают им качество правовой нормы. В данном контексте в качестве источника могут выступать правотворческая деятельность государства, его органов, воля общества, класса, материальные условия жизни. В свою очередь, результатом этой деятельности являются акты государства и его органов, которые выступают в качестве формы

¹ Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 29.

² Там же. С. 30.

права, придающей праву свойства государственно-властного характера. В то же время исследователи поясняют единство данной логической цепочки, так как процесс и результат деятельности по созданию норм права разорвать нельзя, поэтому целесообразно использовать понятия «форма права» и «источник права» как синонимы¹.

В научной и учебной литературе нередко подчеркивается, что в юридическом смысле целесообразно использовать понятие «источник (форма) права». Такой подход позволяет объединить два понятия. В то же время окончательное понимание составляющих указанную категорию элементов обусловлено, как представляется, соответствующими гносеологическими ориентирами. В частности, ряд авторов сосредоточивают внимание на процессе правотворческой деятельности государства и видят именно его в качестве ключевого источника образования норм (следовательно, в соответствии с этой позицией правильным будет использование понятия «источник права»); другие же рассматривают в первую очередь результат этой деятельности, а именно различные нормативные правовые акты государства: законы, указы, декреты и т. д. (поэтому предпочитают использовать понятие «форма права»)².

Довольно интересным является анализ позиций правоведов советской эпохи, которые отметили, что в советской юридической литературе, особенно в работах по отраслевым юридическим наукам, многие авторы для обозначения форм выражения права применяют термин «источники права»³. Помимо этого, зачастую обращается внимание на значительный практический интерес в разрешении вопроса о выборе оптимального набора и соотношения видов источников права для конкретной отрасли законодательства⁴. Особенно остро данный вопрос стал среди новых постсоветских государств, в связи с чем у каждого из них наблюдается индивидуальный путь по выбору наиболее оптимального (по их мнению) сочетания различных источников (форм) права в рамках отраслевого деления и национальной правовой системы в целом.

¹ Мухаев Р.Т. Теория государства и права: учеб. для вузов. М.: ПРИОР, 2002. С. 307.

² Там же. С. 306.

³ Шебанов А.Ф. Форма советского права. М.: Юрид. лит., 1968. С. 32, 41.

⁴ Зивс С.Л. Указ. соч. С. 20.

Изучая дискуссии представителей научного сообщества по поводу соотношения источников и форм права, приемлемости каждого из этих вариантов в юриспруденции или их симбиоза, подчеркнем, что в этих вопросах целесообразно учитывать авторитетное мнение профессора С.Л. Зивса как автора одного из наиболее объективных и доступных для общего понимания научных трудов, описывающих суть и проблему источников права.

Исследователь справедливо вел речь о необходимости не просто учитывать формы права, но акцентировать внимание именно на внешней форме, задумываться в первую очередь о внешних формах выражения права. В то же время, как отмечает автор, у термина «источник права» есть одно преимущество: как термин специальный и условный, он не претендует на предельную точность, но является удобным в употреблении¹. В связи с этим, как было отмечено ранее, именно практичность употребления в учебной литературе должна стать прерогативой при разрешении спора, а наиболее оптимальным вариантом является правовая категория «источник (форма) права».

Для академической науки полемика между подходами к пониманию формы права и источников права довольно значима, так как позволяет понять суть права и его последующее внешнее выражение. С точки зрения наиболее эффективного изложения учебного материала наша задача заключается в демонстрации различных подходов, позиций ученых по данному вопросу, его дискуссионного и довольно глубокого смысла. На основании изложенного в рамках учебного материала в настоящем учебном пособии, опираясь на академические позиции, мы будем отталкиваться (для облегчения восприятия и понимания) от синонимического характера двух смежных (но не тождественных категорий) «источник права» и «форма права». Такой подход является общепризнанным в современной учебной литературе по теории государства и права.

Классификация источников (форм) права

Видовое разнообразие форм (источников) права требует их скрупулезной классификации с целью установления особенностей, происходящих преобразований, специфики отражения, а

¹ Зивс С.Л. Указ. соч. С. 21.

также возможностей упорядочения. Как известно, научно обоснованная классификация дает возможность четко уяснить предназначение и функции рассматриваемого правового феномена. Помимо этого, она имеет практическое значение для совершенствования правотворческой и правоприменительной деятельности¹, позволяет выявить их соотношение между собой в рамках одной национальной правовой системы, а также с правовыми системами, входящими в одну правовую семью (равно как и провести подобную классификацию между правовыми семьями).

В практическом плане классификация источников права способствует расширению возможностей по установлению их юридической силы, построению иерархии в рамках правовой системы определенного государства. Практический аспект данного процесса заключается в выработке инструментария по разрешению правовых коллизий в правоприменительной практике, что для современного права довольно распространенное явление.

В качестве критерия деления источников права выделяют *пространство* (территорию), что позволяет обоснованно объединить их в такие группы, как *общегосударственные* (национальные) и *региональные* (местные). Довольно популярным в науке является и такой критерий, как уровень регулируемых общественных отношений, в результате чего имеем *внутригосударственные* (национальные), *региональные* (межнациональные), *международные* (наднациональные) источники (формы) права².

В зависимости от круга лиц, на которые распространяются источники (формы) права, последние подразделяются на *общие*, *специальные*, *индивидуальные*.

По приоритетности обращения к источникам права выделяют *первичные* (обязательные – содержат нормы, которые подлежат первоочередному применению для урегулирования правовых жизненных ситуаций) и *вторичные* (субсидиарные). К последним обращаются в случае отсутствия или невозможности однозначно установить содержание правил поведения в первичных.

Помимо указанных выше, встречаются и некоторые критерии классификации, которые являются дискуссионными. Таковы,

¹ Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 44.

² Скакун О.Ф. Указ. соч. С. 489.

к примеру, виды источников, предложенные А.В. Петришиным в зависимости от последствий закрепления норм права. Он различает *обязательные* (закрепление норм права в подобных источниках свидетельствует об их обязательности для субъектов) и *убедительные* (авторитетные) источники права, ссылка на которые является недостаточным условием для подтверждения обязательности следования содержащимся в них нормам, они содержат лишь дополнительную юридическую аргументацию; использование таких источников является факультативным (отнесено на усмотрение субъекта правоприменения)¹. Подчеркнем, что такой подход вызывает сомнения, поскольку убедительность или авторитетность того или иного источника права связана с субъективной его оценкой. Мы же должны в первую очередь рассматривать виды источников права исходя из объективных критериев их классификации.

Распространенной классификацией, принятой среди отечественных правоведов, можно считать выделение источников права, содержащихся в национальных правовых системах. К таковым относят: доктрины и мнения выдающихся юристов; религиозные тексты; общие принципы права; общие принципы и нормы международного права; правовой обычай; нормативный договор; судебную практику; судебный (юридический) прецедент; нормативный правовой акт².

Относительно отечественной правовой системы и ее форм права можно с уверенностью утверждать, что здесь однозначно признается доминирование нормативного правового акта в качестве центрального стержня всей совокупности источников права. Помимо этого, в рамках российской национальной правовой системы выделяют правовой обычай, нормативный правовой договор и международный договор в качестве официальных форм права, которые имеют различное значение в определенных отраслях права. Необходимо подчеркнуть, что наличие в качестве источников права таких его видов, как юридический прецедент и судебная практика, порождает дискуссии, которые обусловлены

¹ Теория государства и права: учеб. / под ред. А.В. Петришина. Харьков: Право, 2015. С. 108.

² Рассказов Л.П. Теория государства и права: углубленный курс: учеб. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2015. С. 247.

фактическим использованием и негласным применением в правоприменительном процессе перечисленных форм права (при рассмотрении конкретных споров) при отсутствии их официального признания в качестве источников права со стороны государства.

Различные источники права находят отражение и в международных актах. Например, в Уставе Международного Суда ООН, созданного в качестве главного судебного органа Организации Объединенных Наций, в ст. 38 закреплён перечень источников права, которые Суд обязан применять при решении переданных ему споров, а именно:

международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;

международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;

общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;

судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм¹.

Одним из древнейших источников права считается правовой обычай. Однако не все ученые согласны с данным мнением безоговорочно. Довольно интересна и в то же время широко обсуждаема позиция, отраженная в трудах Е.Н. Трубецкого, анализировавшего соотношение юридического прецедента и правового обычая: «... Из всех источников права прецедент – несомненно древнейший. В те времена, когда еще не было правильно организованной государственной, а следовательно, законодательной власти, правовые нормы вообще создавались по поводу отдельных конкретных случаев, т. е. путем прецедента, который затем закреплялся обычаем»². В то же время сложно представить, каким

¹ Организация объединенных наций. Устав организации Объединенных наций и Статут Международного суда. М.: Гос. изд-во полит. лит., 1945. 60 с.

² Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. М.: т-во скоропеч. А.А. Левенсон, 1908. С. 97.

образом осуществлялась выработка прецедента без какого-либо иного источника права если он являлся первичным.

Среди современников с историко-правовых позиций наиболее детально и аргументировано развитие в хронологической последовательности форм права изложила Т.В. Кашанина:

- правовой обычай;
- религиозные тексты;
- юридический прецедент;
- деловое обыкновение;
- правосознание;
- нормативный акт;
- юридическая доктрина;
- судебная практика;
- моральные воззрения;

договор (частноправовой, который появился в древности, и публично-правовой, используемый в современном мире в демократических странах).

Вместе с данным хронологическим изложением автор отмечает, что смена приоритетов в применении той или иной формы права происходит в основном эволюционным путем. При этом указанный процесс является постепенным: предыдущая форма права применяется в меньшем объеме, а следовательно, основную нагрузку по правовому урегулированию приобретает новая форма, выступающая более прогрессивной и соответствующей новым условиям. Ранее существовавшая форма права утрачивает свое значение, но продолжает использоваться в более усеченном варианте¹.

Возвращаясь к обычаю, по поводу древнего источника права обратимся к словам И.А. Покровского, который утверждает, что данный источник права представляет собой непосредственное проявление народного правосознания, выступает нормой, свидетельствующей о своем существовании самим фактом своего неуклонного применения².

¹ Кашанина Т.В. Эволюция форм права // *Lex russica* (русский закон). 2011. Т. 70. № 1. С. 37–38.

² Покровский И.А. История римского права / вступ. ст., пер. с лат. и ком. А.Д. Рудокваса. СПб.: Летний Сад, 1998. С. 52.

Относительно признания обычая в качестве источника права и, как следствие, его преобразования в правовую форму важно отметить, что это есть, по сути, санкционирование органами публичной власти сложившегося правила поведения с одновременным введением принуждения в случае его нарушения. Выделяют несколько способов санкционирования обычаев.

Так, в первом случае происходит санкционирование обычая со стороны государства относительно конкретной ситуации (*конкретное санкционирование*), во-втором (*абстрактное санкционирование*) – осуществляется так называемое сознательно-планомерное правотворчество, когда обычай как источник права будет действовать на потенциально возможную ситуацию в будущем¹.

Правовой обычай также подразделяют в зависимости от его соотношения с законом (нормативным актом). В частности, известный французский компаративист Р. Давид выделяет обычай *secundum legem* (в дополнение к закону)², который используется для пояснения отдельных формальных по своему выражению правовых норм, закрепленных в нормативном правовом акте, в случае необходимости преодоления пробелов в законе. Зачастую это обусловлено использованием в юридической технике довольно устоявшихся способов и приемов изложения юридического текста, который без дополнительного пояснения утрачивает свою истинную суть в рамках правоприменения в конкретной жизненной ситуации.

В качестве примера можно привести положения ст. 474 ГК РФ (Проверка качества товара), где в п. 2 указано: «Если порядок проверки качества товара не установлен в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи, то проверка качества товара производится в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно применяемыми условиями проверки товара, подлежащего передаче по договору купли-продажи»³.

¹ Лукич Р. Методология права / пер. с сербско-хорв. В.М. Кулистикова. М.: Прогресс, 1981. С. 220.

² Давид Р.Д. Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 129.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Кодекс Российской Федерации от 26.01.1996 № 14-ФЗ // Рос. газ. 1996. 10 февр.

Следующей разновидностью обычая, по мнению компаративиста, является *praeter legem* (кроме закона), роль которого в настоящее время весьма второстепенна. Пояснения ученого по этому вопросу довольно логичные и закономерные, обусловлены естественным прогрессом кодификации и признанным первенством закона в демократических режимах современного политического общества. Изложенное также обуславливается и тем фактом, что современные юристы романо-германской правовой семьи любой ценой стремятся опереться в своих рассуждениях на законодательство¹ (собственно, иной ситуации и быть не может, если учитывать, что образовательный процесс в юридической сфере в государствах, принадлежащих романо-германской правовой системе, стремится к естественному преобладанию нормативных правовых источников (форм) права над всеми остальными, что закладывается на самых первых порах обучения будущих юристов).

В качестве примера использования обычая при отсутствии закона в специализированной литературе приводятся нормы и положения Гражданского кодекса Швейцарии². Действительно, в самой первой статье указанного законодательного акта в его первоначальной редакции зафиксировано: «Если из закона не может быть вынесено никакого правила, то судья должен вынести решение в соответствии с обычным правом, а при отсутствии этого — в соответствии с правилом, которое он как законодатель принял бы. В этом он должен руководствоваться утвержденными предписаниями и традицией»³. Это довольно интересный ход законодателя, однако с учетом экономического и политико-правового положения федеративного государства предлагаемое решение считается оптимальным и остается таковым в настоящее время.

Еще одним видом обычая является такая его разновидность, как *adversus legem* (против закона). В этом случае реализация присущей роли обычая довольно ограничена в традиционном континентальном праве, даже если он в принципе и не отрицается доктриной. В качестве аргументации такой позиции Р. Давид по-

¹ Давид Р.Д. Указ. соч. С. 129.

² Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 68–69.

³ The Swiss Civil code of December 10, 1907 (effective January 1, 1912). Boston, The Boston book company, 1915. 262 p.

ясняет, что суды не любят выступать против законодательной власти¹. В то же время это не означает, что подобная ситуация невозможна в иных правовых семьях (весьма высока вероятность применения правовых обычаев вразрез с требованиями законов в англосаксонской правовой семье и семье обычного права; более подробно эти теоретико-правовые проблемы раскрываются в специализированной литературе²).

В качестве отсылки к отечественной правовой системе и доказательства фактического наличия и применения правового обычая, идущего в разрез с нормой закона, можно привести пример, связанный с возможностью использования доверенности в отношениях по владению и пользованию чужим автотранспортным средством, что в нашей стране вошло в норму. В.А. Пономаренко, подробно разбирая указанную ситуацию, поясняет, что применение доверенности в отношениях аренды и безвозмездного пользования транспортными средствами не регламентировано законодательством, но все же пользование транспортными средствами по доверенности имеет достаточное распространение в нашей стране. Указанный правовой обычай, с одной стороны, противоречит законодательству, а с другой – подтверждается им³.

Далее рассмотрим важнейший вид источника права – нормативный правовой акт, который по общему правилу в качестве источника (формы) права представляет собой официальный акт-документ, принятый компетентными органами, их должностными лицами, и включает в себя нормы права, исполнение которых обеспечивается государством. Существует довольно широкое разнообразие нормативных правовых актов как по юридической силе, сфере действия во времени, пространстве и по кругу лиц, так и по совершенно иным основаниям. В рамках настоящего учебного пособия нет смысла перечислять абсолютно все действующие нормативные правовые акты, мы лишь кратко перечислим ключевые их виды, которые наиболее распространены в настоящее время. Это в первую очередь конституция (основной

¹ Давид Р.Д. Указ. соч. С. 129.

² Кашанина Т.В. Происхождение государства и права: учеб. пособие. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2015. С. 178–179.

³ Пономаренко В.А. Правовой обычай в системе источников права // Правовая политика и правовая жизнь. 2009. № 3. С. 49.

закон любого государства, обладающий высшей юридической силой), законодательные акты, указы главы государства, постановления и распоряжения правительства, акты органов исполнительной власти, решения органов местного самоуправления и т. д. Конкретный перечень нормативных правовых актов и их количество, применяющееся в той или иной стране, зависят от различных факторов, в первую очередь от формы государственно-территориального устройства, формы правления, политического режима, а также от исторических условий и традиций, принятых в правотворческом и правоприменительном процессе.

Рассматривая нормативный правовой акт, невозможно обойти вниманием и весьма специфическое его свойство как источника права, заключающееся в отсутствии обязательности его заключения в форме документа. Как известно, нормативный правовой акт представляет собой прежде всего юридический текст, отвечающий предъявляемым к нему требованиям. Однако, по словам С.А. Дробышевского и Т.Н. Данцевой, рассматриваемый источник права может быть выражен не только в письменной, но и в устной форме. Это касается в первую очередь более раннего периода существования человеческой цивилизации, о чем свидетельствуют этнографические данные относительно независимых политических обществ, находящихся на первобытной стадии развития. В социумах подобного типа имело место устное законодательство, так как приказания суверенной власти не фиксировались документально, в привычном для нас сегодня варианте, в силу неразвитости письменности. При этом наличие устной формы ни в коей мере не означает, что такие веления утрачивали нормативность; более того, за их неисполнение предусматривались меры воздействия на нарушителя¹. Указанная ситуация была естественной в отдельных частях мира вплоть до эпохи Великих географических открытий.

Значимость нормативного правового акта в качестве источника (формы) права трудно переоценить для развития правовой системы как прошлого, так и настоящего. Особенно существенные преобразования с этим источником произошли в силу необходимости включения в него огромного массива правовых норм,

¹ Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 80.

их систематизации с целью унификации и повышения уровня доступности для широких слоев населения. Такие масштабные изменения и модернизация происходили еще в Древнем Риме, они отражены в дошедших до наших дней Законах XII таблиц, а в последующем затронули многие правовые системы. Свидетельством достигнутых результатов являются конституции современных государств, содержащие ключевые положения относительно регулирования общественной жизни и государственного строительства.

В связи с этим не удивительно, что в большинстве случаев в качестве наиболее оптимальной формы права выступает именно нормативный правовой акт. Одним из аргументов здесь является тот факт, что в силу исторических и культурных традиций нормативный правовой акт как источник права может занимать несколько второстепенную роль, однако это касается сложившихся на протяжении столетий правоотношений. В современных условиях нормативный правовой акт приобретает все более приоритетную роль, особенно это касается появления новых отраслей права и необходимости правового регулирования ранее неизвестных видов общественных отношений.

В качестве примера можно привести заключения исследователей о специфике регулирования общественных отношений нормами мусульманского права. В частности, за пределами индивидуального статуса (лицо, семья, наследование), где не затрагиваются «священные основы», применение норм мусульманского права уступает место использованию традиционных источников права, положениям, заимствованным в романо-германской семье или семье общего права. В частности, во многих мусульманских странах довольно значительное влияние данных процессов наблюдается на конституционное, административное, гражданское, торговое, процессуальное, уголовное и трудовое право¹. В настоящее время в силу естественного экономического сближения различных национальных правовых систем и, как следствие, более гибкого выбора источников права происходит процесс отхода от императивных начал выбора той или иной формы

¹ Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 80.

права, особенно это касается правоотношений в сфере международной (межгосударственной) торговли.

Нормативные правовые акты в силу своей универсальности и удобства применения стали поистине самыми распространенными источниками права в современном мире. Это обусловлено наличием целого ряда их достоинств, среди которых выделяют:

1) возможность оперативно реагировать на изменения потребностей жизни, что обусловлено высокой скоростью их издания, изменения или отменены;

2) наличие иерархической взаимосвязи между различными по юридической силе нормами, что позволяет направить развитие всего общества в единое русло и установить порядок;

3) точность фиксирования содержания правовых норм благодаря письменной форме, что обеспечивает праву надлежащую определенность, последовательность проведения начал законности, выступает преградой для местничества;

4) возможность законодателя фиксировать свои требования сжато и экономно, в отличие от юридических норм в обычае и прецеденте, которые зачастую имеют казуистический характер;

5) широкая сфера действия, возможность опережающего правового регулирования (законодатель при надлежащем отношении к правотворческому процессу способен «действовать наперед», т. е. предугадывать потребности общественного развития, динамику гражданского оборота и т. д.¹

Следующим по распространенности в современном мире является *юридический прецедент* (от лат. *praecedens* – предшествующий), который выступает одним из наиболее применяемых источников права и является ведущим в англосаксонской правовой семье. Прецедент представляет собой решение государственного органа (судебного или административного) и в последующем приобретает статус образца для разрешения аналогичных дел в будущем. При этом обозначенное решение приобретает юридическую силу и признается в качестве источника права.

¹ Кашанина Т.В. Эволюция форм права // *Lex russica* (русский закон). 2011. Т. 70. № 1. С. 45.

Классически выделяют два вида юридических прецедентов:

- 1) *судебный*, который исходит от судебного органа в рамках его полномочий по разрешению гражданских или уголовных дел;
- 2) *административный* – аналогичный судебному по своей сути, но принимаемый административным органом или должностным лицом.

Именно первый вид прецедента является наиболее распространенной формой права. При наличии судебного прецедента в качестве источника права правотворческими полномочиями обладают законодательные и судебные органы¹.

Общепризнанное в юридической литературе наличие двух видов юридического прецедента не означает отсутствие иных. Различают несколько видов судебных прецедентов (основывающихся на использовании ряда критериев).

1. Прецедент, созданный на основе обычая, и прецедент, созданный на основе писаного права. Указанная разновидность прецедента характерна для США, поэтому их еще по-другому именуют прецедентами, создающими новые правовые положения, и прецедентами толкования (в первом случае суд в рамках осуществления возложенных на него полномочий своим решением создает норму права, которая до этого нигде не была письменно изложена).

2. Вертикальный и горизонтальный прецедент. В первом случае предполагается, что решение высшей судебной инстанции является обязательным для низших судов, а во втором – возможность использования решения того же суда является обязательной для него при решении последующих дел.

3. Убедительный (судья не обязан следовать определенному прецеденту, но делает это в силу его убедительности и авторитета) и обязательный прецедент.

4. Формально-определенный, т. е. официально закрепленный в законодательстве (в ходе последующего правотворчества) и предполагающий обязательность судебных прецедентов, создаваемых высшими судами для низших; и фактический – прецеденты признаются обязательными *de facto*, т. е. в силу иерархичности судебной системы.

¹ Марченко М.Н. Теория государства и права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2018. С. 530.

5. Деклараторный (признает, фиксирует правовые предписания, которые «всегда существовали» в обществе), креативный (признает, что судьи создают право) и «отменительный» (отменяет ранее принятые прецеденты).

6. В зависимости от отраслевой принадлежности – материальный (создает материальные нормы) и процессуальный (создает процессуальные нормы).

7. Прецедент, подтверждающий определенную тенденцию в государственно-правовом строительстве или эволюции государственно-правовых институтов (служит доказательством того, что правовая политика, которой придерживаются судьи, развивается именно в этом направлении), и иллюстративный (для усиления аргументации решения) прецедент.

8. Фактический (имеет место тогда, когда суд, фактически использовав содержание предыдущего решения или его части, прямо не ссылается на него в решении) и формальный (в решении содержится формальная ссылка на прецедент с указанием названия дела, даты его принятия и т. п.).

9. Прецедент, происходящий из одного решения, и прецедент, основанный на серии решений¹.

Несмотря на свое довольно широкое разнообразие и существование на протяжении многих столетий в различных правовых системах, в том числе в международном праве, судебный прецедент как обладает рядом преимуществ, так не лишен и недостатков, которые в совокупности не позволяют добиться его повсеместного использования в качестве источника (формы) права. В литературе отмечаются следующие достоинства судебного прецедента:

определенность и единообразие в решениях судов;

высокая восприимчивость к изменениям общественных условий, так как прецедентная практика судов имеет возможность трансформироваться и устанавливать новые нормы права;

относительно более детальный учет конкретных обстоятельств дела;

¹ Теория государства и права: учеб. / под ред. А.В. Петришина. С. 118.

высокая практичность, которая выражается в формировании новых правовых норм с учетом реально существующих правоотношений и имеющихся обстоятельств;

высокая гибкость, обеспечивающая распространение общей нормы права на большое число различных ситуаций, возникающих на практике¹.

Вместе с тем выделяется и ряд существенных недостатков рассматриваемого источника права:

низкая степень изменчивости прецедентов (этот источник права традиционно не допускает никаких отклонений, в том числе тогда, когда он сам в ходе правоприменительной практики признается неверным);

возможность непоследовательности в силу того, что в процессе правоприменения суд, не желая следовать одному прецеденту, имеет возможность применить иной прецедент за счет незначительных различий между ними;

высокая сложность и запутанность прецедентного права по причине наличия значительного количества различных судебных решений, созданных судьями в течение столетий, действующих и в настоящее время;

недостаточно высокая скорость изменений (в силу значительной длительности судебных процессов они по различным причинам могут длиться не один год)².

Анализируя судебный прецедент, не стоит думать, что этот источник права характерен исключительно для средневековой английской правовой системы и современной англосаксонской правовой семьи. Прецедент известен в праве еще с древнейших времен. В частности, в Древнем Риме в качестве прецедентов выступали устные заявления (эдикты) или решения по конкретным вопросам преторов и других магистратов. В итоге решения и правила, сформулированные преторами в разное время и переходящие от одного должностного лица к другому, в порядке их из-

¹ Теория государства и права: учеб. пособие / под ред. А.В. Юрковского. Иркутск: Иркутский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры РФ, 2016. С. 280.

² Теория государства и права: учеб. пособие / под ред. А.В. Юрковского. Иркутск: Иркутский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры РФ, 2016. С. 281.

брания, постепенно сложились в систему общеобязательных норм преторского права¹.

Еще одним (весьма интересным, на наш взгляд) источником права является *правовая (юридическая) доктрина*, представляющая собой текст – размышления юристов по правовым вопросам. Считается, что появление доктрины и придание ей обязательной юридической силы может произойти в силу приказа суверена. В итоге в том или ином правовом тексте (трактате, комментарии, ответах юристов) формулируются новые юридические правила, которые становятся формальным источником права². Юридическая доктрина в качестве источника права приобрела фактическое, а потом и официальное санкционирование в Древнем Риме.

Несмотря на второстепенный характер по отношению к иным формам права, юридическая доктрина и в настоящее время остается формальным источником права. В академической литературе отмечается, что правовая доктрина служила непосредственным источником права в англо-американской правовой системе. Указанная ситуация наблюдается при решении дела судьями, которые ссылались на труды ученых. Помимо этого, в религиозно-философских правовых системах (ислам, индуизм, иудаизм) в качестве основы для регулирования общественных отношений применяются общеобязательные правила поведения, почерпнутые из трудов видных юристов-богословов³.

Специфическим источником права является *нормативный договор* (или договор нормативного содержания), который представляет собой соглашение управомоченных субъектов, содержащее общеобязательные правовые предписания для иных субъектов. В отечественной науке нормативный договор имеет в своей доктринальной основе так называемую «конвенциональную» теорию права, которая оперирует понятием нормативной саморегуляции общества⁴. В соответствии с указанной теорией правила поведения, утвержденные договорным путем, признаются проявлением особого важного свойства общества – способности к са-

¹ Марченко М.Н. Указ. соч. С. 530.

² Дробышевский С.А. Указ. соч. С. 114.

³ Скакун О.Ф. Указ. соч. С. 491.

⁴ Садохина Н.Е. Нормативный договор как источник современного российского права // Правовая политика и правовая жизнь. 2009. № 3. С. 133–139.

моуправлению. Именно такие правила подлежат юридически значимому признанию в общем массиве нормативного регулирования.

В связи с этим отметим авторскую позицию М.А. Нечитайло, которая под данной формой права подразумевает правовой акт, устанавливающий правовые нормы, выработанный в результате согласования обособленных волей и волеизъявления двух и более равноправных (в данном конкретном правоотношении) субъектов права, одним из которых выступает субъект публичной власти. Нормативный договор есть документ, устанавливающий (прекращающий, изменяющий) взаимные права и обязанности неопределенного круга лиц на длительное время, сочетающий публичные (централизованные) и частные (децентрализованные) начала в регулировании отношений, участники которых несут взаимную ответственность за невыполнение или ненадлежащее исполнение принятых обязательств в рамках специального порядка рассмотрения споров¹.

В академической литературе существуют и иные определения указанного источника права (например, заслуживает внимания позиция В.В. Иванова, согласно которой нормативный договор есть «совместный правовой акт, представляющий собой оформление выражения обособленных согласованных автономных волеизъявлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающих условия, исполнение которых предполагается обязательным»²). Вместе с тем следует отметить, что источники (формы) права не существуют изолированно, они активно взаимодействуют, являясь неотъемлемыми элементами правовой системы и органично вплетаясь в ткань правоотношений.

Традиционно выделяют следующие характерные черты нормативного договора:

это правовой акт, посредством которого выражаются обособленные согласованные воля и волеизъявление различных субъектов права;

¹ Нечитайло М.А. Нормативный договор как источник права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 5.

² Иванов В.В. К вопросу об общей теории договора // Государство и право. 2000. № 12. С. 73–79.

участники (стороны) нормативного договора обладают равным объемом прав и обязанностей (характерно равенство сторон);

нормативный договор предполагает соглашение сторон по всем его существенным аспектам;

стороны нормативного договора несут взаимную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение принятых обязательств;

в качестве хотя бы одной из сторон предполагается участие государства и его органов, т. е. субъектов публичной власти;

предоставительно-обязывающий характер нормативного договора;

нормативный договор традиционно содержит правила поведения общего характера;

особая, строго формальная процедура заключения и специальный порядок рассмотрения споров и конфликтов, связанных с их исполнением;

официальное опубликование и реквизиты нормативного договора¹.

С историко-правовых позиций нормативный договор является олицетворением дозволительных начал в праве, воплощением естественного и позитивного направлений в праве, средством гармонизации объективного и субъективного в нем². Нормативные договоры в качестве источника права известны еще с древних времен. Так, исследователями отмечается, что хронологически вторым источником древнерусского права (после обычая) стал нормативный договор³. До наших дней оригинальных текстов договоров Древнерусского государства не сохранилось, все они дошли до нас в составе «Повести временных лет» и отсутствуют в византийских источниках⁴. Среди таких нормативных договоров, имевших межгосударственный (международный) характер, следует отметить Договор русских с греками при князе

¹ Нечитайло М.А. Указ. соч. С. 9.

² Там же. С. 10.

³ Имашева Г.К. История возникновения и развития нормативного договора в правовой системе России // Наука и практика. 2021. № 4(61). С. 173.

⁴ Хрестоматия по истории Древнерусского Государства: учеб. пособие / сост. В.С. Елагин. Новосибирск: НГПУ, 2009. С. 24.

Олеге 911 г., Договор русских с греками при князе Игоре 945 г. и Договор князя русского Святослава с греками 971 г.¹

Одной из разновидностей нормативных правовых актов как источников (форм) права в отечественной правовой системе выступает коллективный договор. Согласно дефинитивной норме, закрепленной в ст. 40 Трудового кодекса Российской Федерации, это правовой акт, регулирующий социально-трудовые отношения в организации или у индивидуального предпринимателя, заключаемый работниками и работодателем в лице их представителей². В свою очередь, закрепление на законодательном уровне данной разновидности нормативного договора неслучайно, поскольку коллективный договор считается одним из самых древних корпоративных актов, использовавшихся в том числе в советский период. В настоящее время вместо монополии государственной собственности в Российской Федерации конституционно закреплено разнообразие форм собственности, включая частную. Следствием это являются регистрация и деятельность огромного количества различных работодателей³, что требует использования разнообразных источников, особенно в такой специфической сфере, как трудовые отношения, где обеспечение сочетания принципов диспозитивности и императивности наиболее оптимально именно с помощью договоров с нормативным содержанием.

В качестве еще одного источника права выделяется *международный правовой акт (договор)*, представляющий собой совместный акт-документ двух или более государств, содержащий нормы права об установлении, изменении или прекращении прав и обязанностей в разнообразных отношениях между ними. В соответствии с суверенным решением государства такой нормативный акт может распространяться на его территорию, а также становиться частью внутринационального законодательства⁴. Изложенное позволяет говорить об одной из ситуаций: верховенстве международного источника права над национальным, их

¹ Владимирский-Буданов М.Ф. Вып. 1. Хрестоматия по истории русского права / сост. М. Владимирский-Буданов. 5-е изд. СПб.; Киев: Н.Я. Оглобин, 1899. С. 1–20.

² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2002. № 1, ст. 3 (Ч. 1).

³ Нечитайло М.А. Указ. соч. С. 15.

⁴ Скакун О.Ф. Указ. соч. С. 490.

равенстве либо приоритете национального источника (формы) права по отношению к международному.

Отдельное место в системе источников права занимает судебная практика, относительно которой отдельные авторы приводят весьма интересные сведения и аргументы. Следует отметить, что теоретическая разработка проблематики судебной практики как источника права с теоретико-правовых и практических позиций имеет давнюю историю.

В частности, отечественный правовед Ю.С. Гамбаров в своем дореволюционном труде «Курс гражданского права» отмечал, что судебная практика представляет собой не единичное решение суда по делу, а включает в себя целый ряд однородных по сходным вопросам судебных решений, которые свидетельствуют о всеобщем, однообразном и долговременном применении известных положений права для судов. Ученый по этому поводу также пояснял: «В прежнее время этой практике судебных решений придавали даже силу такого общего правосознания, которое стоит наравне с законом и обычным правом. Это значение имели в Средние века решения императорского и некоторых особенно прославившихся судов шеффенов, как, например, в Магдебурге и Лейпциге, и позже — решения юридических факультетов, Reichskammergericht'a»¹. В последнем случае имелся в виду Имперский камеральный суд (Имперский Верховный суд, Имперская судебная палата), учрежденный в ходе реформы 1495 г.

Указанный судебный орган представлял собой центральный имперский суд, в состав заседателей которого входили поровну доктора права и рыцари. К компетенции судебной инстанции относились разбирательства, в ходе которых дела рассматривались на основе права империи и писаного права².

В то же время, как отмечал Ю.С. Гамбаров, судебную практику следует признать источником права в особом смысле, отличном от того, в каком им же считают закон и обычай. Правовед по данному вопросу довольно подробно поясняет свою позицию: «А именно — в смысле источника права, лишенного формально-

¹ Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права: Т. 1 / Ю.С. Гамбаров. СПб.: тип. М.М. Стасюлевича, 1911. С. 339.

² Всеобщая история государства и права: учеб. для вузов: в 2 т. Т. 1. Древний мир и средние века / под ред. В.А. Томсинова. М.: Зерцало-М, 2011. С. 610.

обязательной силы, но все-таки связывающего судью и поэтому уже имеющего основание притязать на квалификацию источника права»¹. Таким образом, не отрицая признание судебной практики в качестве формы (источника) права, стоит отметить, что вопрос стоит в первую очередь о ее статусе, официальном или неофициальном признании. В отечественной практике в настоящее время судебная практика со стороны государства не признается в качестве источника (формы) права, однако это не означает наличие запрета на ее использование в ходе правоприменительной деятельности (в этом смысле не лишним будет отметить тот факт, что в современной правоприменительной практике Российской Федерации судьи все чаще обращаются к анализу судебной практики, основывают свои решения в том числе на результатах рассмотрения предыдущих похожих случаев. Особенно это заметно в работе арбитражных судов, где нередко в мотивировочной части решения можно встретить описание не только российской, но и зарубежной судебной практики).

Для более детального понимания ситуации можно еще раз обратиться к размышлениям великого правоведа Ю.С. Гамбарова, который довольно емко подметил, что ничего не может быть проще отрицания за судебной практикой значения источника права на том основании, что она лишена формально-обязательной силы и имеет своей главной задачей не создание, а применение права. В связи с этим довольно интересными являются рассуждения автора, где он справедливо напоминает: «Не нужно забывать, что источником права, отличным от закона и обычая, но тем не менее источником настоящего объективного права, служит однородная судебная практика, а не судебное решение, взятое в отдельности. Это последнее никогда не имеет законного авторитета ни для какого дела, кроме того, по которому оно постановлено, и поэтому уже представляет собою всегда индивидуальное правообразование и конкретную норму, а не общее правообразование и не абстрактную норму, предполагаемые понятием источника права»².

¹ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 339.

² Там же. С. 342.

Довольно интересными выглядят рассуждения советских правоведов середины XX в. по поводу судебной практики в качестве источника права. В частности, в публикациях того периода отмечается, что руководящие указания Пленума Верховного Суда СССР, а также производимое данным органом обобщение судебной практики восполняют действующее советское право. Именно в таком смысле судебная практика, по мнению исследователей, играла роль источника права в Советском государстве¹.

Еще одним распространенным источником права в современном мире являются *религиозные тексты*, которые представляют собой совокупность правил поведения, отраженных в священных книгах и писаниях (Библия, Коран, Веды), а также трудах видных мыслителей (богословов) по поводу юридического содержания и предназначения религиозных норм.

Религиозные тексты в качестве источника права имели (имеют) различный статус в национальных правовых системах, который значительно менялся на протяжении столетий в зависимости от различных факторов. Отметим, что в Западной Европе религиозные правила имели особую силу и авторитет в период Средневековья, поскольку именно тогда наблюдался наивысший расцвет католической церкви, канонического права (последнее повсеместно применялось в качестве источника права при разрешении споров большинства категорий, использовалось в деятельности инквизиции).

В настоящее время религиозные тексты имеют общепризнанный юридический характер в странах мусульманского мира. Несмотря на то что ислам как религия возник позднее христианства (в VII в.), значение религиозных текстов не утратило своей приоритетности. В связи с этим не удивительно, что в мусульманских странах государство принудительно обеспечивает многие нормы мусульманских традиций².

В числе религиозных норм, использующихся как источники права в соответствующих правовых системах, можно выделить следующие виды:

¹ Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки: Труды юридического факультета. 1946. Вып. 116. Кн. 2. С. 19.

² Кашанина Т.В. Эволюция форм права // Lex russica (русский закон). 2011. Т. 70. № 1. С. 39.

1) священные тексты, представляющие собой различного рода сакральные источники, в содержании которых сформулированы религиозно-правовые правила, имеющие общеобязательный характер (Библия, Тора (Пятикнижие Моисея) в иудейском праве, Коран, сунна в мусульманском праве);

2) доктринальные положения, сформулированные в книгах религиозно-правового характера, которые содержат профессиональное толкование священных текстов, интерпретируют основные религиозно-правовые положения и требования священных писаний (например, в системе правосудия в мусульманско-правовой системе судья при рассмотрении конкретного дела практически никогда не обращается непосредственно к Корану или сунне, а ссылается на авторитетного и общепризнанного автора, дающего доктринальное толкование Священного Писания)¹.

Считается при этом, что религиозные тексты как источник права имеют ограниченное применение в мировой практике и обладают юридической силой в арабских и некоторых других странах, входящих в систему мусульманского права. Вместе с тем религиозные тексты (священные писания) также выступают источниками иудейского права. К ним относится Библия, представляющая собой сборник священных книг христианства². Религиозные тексты как источник права в странах мусульманского мира в настоящее время испытывают на себе существенное давление современных правоотношений, особенно экономического характера. В связи с этим постепенно идут процессы активного приспособления религиозных норм к новым реалиям, их либерализации, которая еще несколько десятилетий назад была невозможной, однако текущие процессы глобализации, хоть и в несколько усеченном варианте, понуждают активно модернизировать данные источники права.

Помимо рассмотренных выше и ставших своего рода классическими источников права, современные правоведы выделяют также *принципы права*, под которыми понимаются основополагающие идеи о праве, руководящие начала, отличающиеся

¹ Общая теория права: классические и современные вопросы: учеб. / В.Я. Любашиц, А.Ю. Мордовцев, А.Ю. Мамычев, Е.А. Апольский. М.: Юрлитинформ, 2021. С. 155.

² Проблемы теории государства и права: учеб. / под ред. В.М. Сырых. М.: Эксмо, 2008. С. 254–255.

абстрактностью содержания. Этот источник права возник на определенном этапе исторического развития права и государства, символизирует собой достаточно высокий уровень рефлексии и понимания сущности правового регулирования современных общественных отношений и отражает общие цели правового регулирования в рамках определенной правовой системы. Что же касается концентрированного выражения и закрепления тех или иных принципов права, можно отметить, что современная практика основывается на конституционном закреплении ряда фундаментальных принципов параллельно с законодательным отражением основных идей о праве¹. В науке справедливо, на наш взгляд, отмечается, что общие принципы права являются своеобразным источником права, в котором находятся исходные начала всей правовой материи, где в том числе обобщается мировой опыт развития права, опыт цивилизации². Помимо этого, нередко в определениях и постановлениях Конституционного Суда РФ прямо указывается, что суд при принятии того или иного решения либо при формулировке своей правовой позиции руководствовался конкретным принципом права (или их совокупностью). Изложенное позволяет утверждать, что принципы права на сегодняшний день также входят в число источников права.

Необходимо также обратить внимание на то, что общим принципам права как источнику права не всегда уделяется должное внимание. Это связано в первую очередь с тем, что общие принципы права используются в качестве источников при определенных жизненных ситуациях. В частности, при восполнении пробелов в гражданском праве, а также в случае невозможности использования аналогии закона (тогда права и обязанности сторон гражданско-правовых отношений могут быть определены и урегулированы исходя из общих начал гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости, что регламентируется ч. 2. ст. 6. ГК РФ). К общим нача-

¹ Теория государства и права: учеб. / под ред. А.А. Клишаса. М.: Статут, 2019. С. 224.

² Соколов Н.Я., Федорченко А.А. Шагиева Р.В. Теория государства и права: учебник / отв. ред. Р.В. Шагиева. М.: Проспект, 2019. С. 271.

лам права также относят принципы гуманизма, демократизма, равенства и т. п.¹

Вместе с общими принципами права в качестве источника права выделяют и общепризнанные принципы международного права, под которыми подразумеваются устоявшиеся в течение длительного периода и долгое время применяемые на практике основные, исходные правовые положения, общие основополагающие начала, вырабатываемые и признаваемые международным сообществом государств, отступление от которых в правоприменительной практике недопустимо². Таким образом, весомое значение международных принципов права зачастую отражается в их имплементации в ткани национального права.

Международные принципы права находят свое отражение в Уставе Организации Объединенных Наций: поддержка международного мира и безопасности, справедливости, равноправия и самоопределения народов, уважения к правам человека и основным свободам, суверенного равенства государств, добросовестности выполнения международных обязательств, нерушимости границ и территориальной целостности государств, разрешения споров мирными средствами, равного права на защиту, верховенства права и т. д.

В зависимости от сферы регулирования общественных отношений принципы права, выступающие в качестве источника права, подразделяются на общие, действие которых распространяется на всю национальную правовую систему (принцип справедливости, добросовестности), и отраслевые, имеющие силу в пределах конкретной отрасли права (принцип презумпции невиновности – уголовный процесс, принцип презумпции вины – гражданский процесс).

В то же время сущностное и практическое значение принципов права, используемых в качестве источника права, неоднородно и зависит от самой правовой системы. Например, в отечественной правовой системе принципы очерчивают границы отрасли права; на их основе происходит восполнение пробелов

¹ Оксамытний В.В. Общая теория государства и права: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция». М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. С. 304.

² Соколов Н.Я., Федорченко А.А. Шагиева Р.В. Указ. соч. С. 272.

законодательного регулирования, исходящее из «общих начал и смысла законодательства» в какой-либо отрасли.

В свою очередь, в мусульманском праве принципы права лежат в основе стабильности, консервативности правовой системы с целью ее сохранения в относительно неизменном виде. Особенностью принципов права в данной правовой системе является их роль в качестве одной из форм ее развития, которая требует не изменения системы, а приспособления к новым общественным отношениям.

Для романо-германской правовой семьи принципы подчеркивают дуализм права, т. е. наличие позитивного и естественного права, одновременно с этим они выступают в качестве критерия оценки содержания правовых норм, являются средством восполнения пробелов в законодательстве. Относительно англосаксонского права можно отметить, что здесь принципы права являются средством обеспечения соблюдения надлежащей правовой процедуры, что гарантирует справедливость при разрешении судебных споров; одновременно с этим указанный источник права является основой подвижности системы судебных прецедентов¹.

Подводя итоги изложению сущностных основ источников права, их характеристики, необходимо еще раз подчеркнуть, что вплоть до настоящего момента в отечественной науке сохраняются различные и порой неоднозначные подходы к пониманию источников (форм) права, которые отражают широкий спектр мнений по поводу роли, значения и особенностей применения источников права. Дискуссионность сохраняется и в плане понимания значения конкретных источников права для правовой системы прошлого и настоящего, юридической преемственности на протяжении поколений и степени гибкости, позволяющей приспособливаться к фундаментальным изменениям в обществе.

Наконец, в вопросе об определении источников права следует исходить из их двоякого понимания. В широком смысле это, как правило, все те же условия, факторы и обстоятельства, которые проявляются в рамках жизнедеятельности человеческого общества и функционирования политической системы общества и

¹ Теория государства и права: учеб. / под ред. А.А. Клишаса. М.: Статут, 2019. С. 224–225.

способствуют появлению общеобязательных формально-определенных правил, регулирующих поведение различных субъектов права. В узком смысле под источниками традиционно понимаются формы внешнего выражения права. В этом случае источник права трактуется в формально-юридическом смысле и характеризуется системой таких форм права, как нормативный правовой акт, юридический прецедент, правовой обычай, нормативный договор, правовая доктрина, религиозные тексты, судебная практика, общие принципы права.

В любом случае проблематика источников (форм) права на сегодняшний день окончательно не решена, а в науке параллельно существуют несколько подходов к пониманию этого феномена. Это, безусловно, лишь добавляет актуальности проблемам, связанным с внешним закреплением правовых норм.

2. Формы (источники) права в сравнительно-правовой ретроспективе

2.1. Источники права Древнего Востока

В современной науке не вызывает сомнения факт появления первых письменных источников права именно в государствах Древнего Востока. Особенно поражает своей древностью кодификация правовых норм, входившая в один из наиболее значительных документов правящей династии древнего Вавилонского государства Хаммурапи (1790–1752 гг. до н. э.), высеченная в виде клинописного текста на высоком (приблизительно 2 м) каменном блоке. Более обширный свод письменных источников права обнаружен в Египте (датируется VII в. до н. э.) в виде папирусных документов и надписей на каменных плитах или памятниках. Примечательно, что хотя найденные надписи являются фрагментарными, в них зафиксированы определенные правила поведения, что однозначно говорит об их значимости в качестве источника древнего права и регулятора общественных отношений.

Одними из первых источников права на территории Европы считаются Законы Солона (594–593 гг. до н. э.), появившиеся в Греции. В более поздний период письменные документы, дошедшие до нас, были составлены и в Древнем Риме. Наиболее известными из них являются Законы XII таблиц (451–450 гг. до н. э.)¹, не только оказавшие серьезное влияние на состояние общественных отношений в Древнеримском государстве, но также ставшие своего рода эталоном для последующих поколений законодателей.

Фактически это означает, что первые письменные правовые источники имеют различную хронологическую датировку и начинают появляться в разных регионах древнего мира.

Изложенное не означает, что в еще более ранний период не было каких-либо источников права. Делать такой вывод было бы ошибочным по двум основным причинам. Во-первых, до настоя-

¹ Кашанина Т.В. Происхождения государства и права: учеб. пособие. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2015. С. 197.

щего времени памятники, которые могли быть в очень глубокой древности, не сохранились (в большей степени в силу естественных причин). Во-вторых, значительный массив архаичного права носил устный характер, а письменные источники представляют собой (условно) только одно из доказательств (хотя и самое сильное, наглядное) существования архаичного права. Именно массив устных правил, передаваемых из поколения в поколение в виде преданий, рассказов о разрешении тех или иных казусов в форме юридических по содержанию пословиц и поговорок, а также в виде конклюдентных действий, составлял в древнюю эпоху систему источников права. При этом письменные правовые памятники появляются уже на более позднем этапе архаичного права и являются естественным результатом длительного этапа развития системы социальной регуляции того или иного народа¹.

Для Древнего Египта, насчитывающего одну из самых длительных историй среди государств древнего мира – 4 тысячи лет, характерно использование в качестве источника права на первоначальном этапе обычая. В последующем, с упрочнением абсолютной монархической власти фараона, начинает проявляться и законодательная деятельность, итогом которой становится нормативный правовой акт в его современно понимании. Однако данные письменные источники права в первозданном виде не дошли до наших дней и имеют лишь фрагментарный характер.

В литературе по поводу права Древнего Египта отмечается, что правовые идеи и ценности отражались и воплощались в различных источниках права: законы, судебные решения, принципы деятельности властных учреждений, многочисленные формы устного и письменного творчества (настенные надписи, поучения искусству жизни, стандартные школьные поучения, жизнеописания и предания)².

Несмотря на довольно скудные источники права Древнего Египта, которые дошли в первозданном виде до настоящего времени, считается, что самые первые законы предположительно были написаны Мином, основателем I династии фараонов. Более

¹ Кашанина Т.В. Происхождения государства и права: учеб. пособие. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2015. С. 198–199.

² Графский В.Г. Всеобщая история права и государства: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2007. С. 83.

того, с учетом богатой тысячелетней истории древнеегипетской цивилизации имеются сведения о фараонах, составлявших сводные законоположения по различным отраслям управления, а также в области гражданского, семейного, уголовного и процессуального права. Законодательные акты содержали детальные предписания о праве собственности, ее формах (царская, храмовая, общинная, частновладельческая), владении и распоряжении недвижимым имуществом.

Помимо этого, древние правовые памятники детально регулировали земельные отношения: порядок передачи земли, ее оплату, вступление во владение. Существовало несколько видов договоров – договоры займа, найма, купли-продажи, аренды¹. Отход от первоначального использования обычая в качестве источника права в Древнем Египте и переход на активное создание и применение законодательных актов – результат длительных преобразований в обществе, обусловленных развитием социально-экономических отношений, необходимостью укрепления вертикали власти, унификации правовых норм и установления жестких требований по их выполнению.

Рассматривая источники права в Древнем Вавилоне, следует отметить, что, помимо обычая, в нем также весомое место занимал закон. Появление письменного источника права связано с восходом на престол царя Хаммурапи, в период правления которого и был создан одноименный сборник законов. *Законы (законник) Хаммурапи*, правившего Вавилоном и объединенной Месопотамией (Вавилонией), сохранились почти полностью (кроме 35 статей, которые, однако, частично восстановлены по записям на глиняных таблицах). В качестве источника одного из выдающихся памятников истории права стали царские «указы о восстановлении справедливости», а также судебники предшествующих царств и отдельных городов Месопотамии, в том числе судебная практика². В литературе также отмечается, что при составлении сборника в его основу были положены древнее обычное право и новое законодательство. При этом Законы Хаммурапи, в отличие

¹ Прудников М.Н. История государства и права зарубежных стран: учеб. для бакалавров / 6-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2013. С. 54–55.

² Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: учеб. пособие: в 2 т. / под ред. К.И. Батыра и Е.В. Поликарповой. М.: Проспект, 2015. Т. 1. С. 9.

от других восточных кодификаций, не содержат религиозного и морализующего элемента¹.

Текст Законов Хаммурапи², представленный сегодня в многочисленных хрестоматиях, освещает различные вопросы, относящиеся к судопроизводству, охране собственности, затрагивает сферу брачно-семейных отношений и уголовного права. Данный выдающийся источник права Древнего Востока является результатом крупной реформы правовой системы, направленной, с одной стороны, на официальное закрепление неписанных правил поведения, с другой – на их унификацию. Законы Хаммурапи представляют собой не просто источник древнего права, своеобразный образец, который в последующем был воссоздан многими народами, а юридически выверенный и прогрессивный нормативный акт.

Для еще одного государства Древнего Востока – Древней Индии также свойственно наличие различных источников права, в том числе письменных, которые сохранились до настоящего момента. При этом следует учитывать, что общественная жизнь древнеиндийского общества подчинялась социальным нормам, которые в своей основе имели мало юридических положений, в большей степени были пронизаны религиозно-этическим содержанием (в силу особенностей варно-кастового деления).

Одним из наиболее значимых исторических памятников права являются Законы Ману. Этот сборник законов считается результатом установлений Ману – мифического прародителя людей. Однако, по мнению ряда исследователей в области правовых древностей, это несколько искаженное представление, и древнеиндийский сборник следует рассматривать как итог работы одной из брахманских научных школ. Сборник содержит как сравнительно поздние статьи, так и установления обычного права, отличающиеся чрезвычайной древностью, что связано с составлением этого источника права в течение нескольких веков.

¹ Батыр К.И., Филиппова Т.П., Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права: учеб. / под ред. К.И. Батыра. М.: Былина, 1996. С. 24.

² Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / под ред. З.М. Черниловского. М.: Юрид. лит., 1984. С. 12–25.

Несмотря на то, что Законы Ману считаются кодифицированным актом (2685 статей), они не являются кодексом законов в современной интерпретации. Сборник представляет собой совокупность предписаний благочестивому индийцу с целью исполнения им своего общественного, религиозного и морального долга. Вместе с нормами обычного права в Законах Ману излагаются космогония, государственное устройство, кастовая регламентация, санитарно-гигиенические предписания и т. д.¹ Значительное количество правовых норм сосредоточено в гл. VIII (ст. 1 «Царь, желая рассмотреть судебные дела, пусть является подготовленным в суд вместе с брахманами и опытными советниками») и IX (ст. 189 «Имущество (умершего) брахмана никогда не должно забираться царем – таково правило; но (имущество людей) других варн при отсутствии всех (наследников) царь может забирать»).

Еще одним значимым историческим памятником права, дошедшим до наших дней, является Артхашастра, или «Наука политики» («Наука о государственном устройстве»). Данный трактат Древней Индии содержит сведения из различных сфер общественной жизни древнеиндийского общества, в том числе раскрывает вопросы государственной и правовой жизни. Составление Артхашастры, согласно индийской традиции, приписывается мудрому брахману Каутилье (известному также под именем Чанакья), однако научный анализ позволил установить содержание в нем (как и в Законах Ману) как более поздних, так и относящихся к новому времени положений. Считается, что трактат формировался на протяжении длительного времени между первыми веками до нашей эры и первыми веками нашей эры, в ходе суммирования и критического анализа всего того, что было создано до этого момента древними мыслителями Индии². В литературе в целом обоснованно отмечается, что Законы Ману, наряду с Артхашастрой, являются самыми известными из дошедших до настоящего времени источников древнеиндийского права, а по уровню развития юридических и политико-

¹ Хрестоматия по истории древнего мира / под ред. В.В. Струве: в 3-х т. Т. 1: Древний Восток. М.: Учпедгиз., 1950. С. 284.

² Артхашастра, или Наука политики: пер. с санскрита / изд. подг. В.И. Кальянов; ред. комис.: В.В. Струве (отв. ред.) и др. М; Ленинград: Изд-во Акад. наук СССР, 1959. С. 5.

прагматических конструкций стоят в одном ряду с образцами древнего ближневосточного и античного политического искусства¹.

Изложенное позволяет отметить наличие источников права, используемых в правоприменительной практике и выстроенных в четкой иерархии. Что касается причин появления древневосточных источников права, в первую очередь следует иметь в виду, что именно генезис и развитие государственности, все более активное функционирование первых государственных институтов влекли за собой необходимость более прочного закрепления юридических норм. И именно с появлением письменности принятые в древневосточном обществе нормы фиксируются в первых законах, исходивших от властной верхушки. Сущность этих источников права заключалась в защите собственности знати, в гарантировании неприкосновенности властной элиты, поэтому практически все древневосточные источники права отражали сословное деление, исходили из приоритета прав рабовладельцев. Характерными правовыми памятниками этого периода государственно-правовой истории можно по праву считать Законы царя Хаммурапи, Законы Ману и ряд иных не менее важных нормативных документов.

2.2. Общая характеристика источников права Античности

Как известно, период античности охватывает основные этапы развития цивилизаций Древней Греции и Древнего Рима. Возникновение права в древнегреческом, а в последующем и древнеримском государстве произошло на определенном социокультурном фундаменте с характерными условиями производства и потребления. Развитие источников права сопровождалось заимствованием передовых достижений предшествующих государственных образований Древнего Востока с учетом местных условий, самобытных культурных традиций.

Активное развитие полисной системы при выстраивании государственности в Древней Греции обусловило динамичное

¹ Графский В.Г. Всеобщая история права и государства: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2007. С. 105.

создание новых правовых норм, а не только санкционирование уже существующих обычаев в качестве источников права. Отметим при этом, что именно обычай (до момента проведения ключевых реформ в античной государственно-правовой сфере) являлся древнейшим источником права для древнегреческого государства.

Считается, что указанные социальные процессы привели к постепенному освобождению от религиозно-мифологической оболочки и, как следствие, к замене устаревших обычаев, передававшихся из уст в уста. Дело в том, что толкование и интерпретация древних социальных обычаев нередко осуществлялись произвольно, право толкования обычаев принадлежало верхушке светской греческой аристократии. В связи с этим совершенно понятной и закономерной была смена устаревших порядков, когда для регулирования общественных отношений начинал использоваться закон, имеющий светский характер и выраженный в письменной форме¹.

Итогом таких преобразований в зарождающейся правовой системе стали укрепление закона в качестве основного источника права, уход на второй план обычая, который превращался в идейную основу принимаемых в более сложном порядке законодательных норм. Так появились законы Драконта (изданы в 621 г. до н. э.), законодательные акты, связанные с деятельностью афинского государственного деятеля Солон (ок. 630 – ок. 560 до н. э.), а также были проведены реформы Клисфена (VI в. до н. э.)².

По поводу коренных изменений, современником которых был Солон, он отмечал, что жизнь общества должна регулироваться правом и законами, принятыми при всеобщем согласии. Древнегреческий философ Сократ пропагандировал соблюдение законов всеми афинянами, утверждая, что полисные законы восходят к разумному началу³ (из курса истории политических и

¹ История государства и права зарубежных стран: учеб. для вузов: в 2 ч. / под общ. ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. 2-е изд., стер. М.: Норма, 2004. Ч. 1. С. 135.

² Хрестоматия по истории древнего мира / под ред. В.В. Струве: в 3-х т. Т. 2: Греция и эллинизм. М.: Учпедгиз, 1951. С. 112–119, 122–123.

³ История государства и права зарубежных стран: учеб. для вузов: в 2 ч. / под общ. ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. 2-е изд., стер. М.: Норма, 2004. Ч. 1. С. 136.

правовых учений можно убедиться в твердости позиции Сократа, который намеренно и совершенно осознанно пострадал за свои принципы).

Деятельность выдающихся государственных реформаторов Древней Греции способствовала значительному изменению древних источников права. Например, в результате принятия Законов Драконта – одного из первых писаных источников права был сведен к минимуму произвол в толковании юридических правил, содержащихся в обычаях¹. Кроме того, еще одним итогом процесса совершенствования древнегреческого законодательства стали существенные преобразования в правовой системе Древней Греции, увеличение роли закона и закрепление его в качестве главного источника права, постепенная демократизация общества. Следует отметить, что древние греки с особым отношением воспринимали все реформы, касавшиеся демократизации общества. Это, в свою очередь, способствовало объединению разрозненных полисов и созданию выдающейся системы управления, построенной на основе принципа разделения властей, который успешно применяется в настоящее время.

Законодательство древнегреческих полисов вообще следует считать выдающимся достижением античной цивилизации, поскольку нормы права были основаны на понимании справедливости и стремлении достигнуть ее в регулировании общественных отношений. При этом древние греки в первую очередь уделяли внимание философско-правовым аспектам. Относительно справедливости добавим, что, выступая как фундаментальный принцип права, она соотносилась с демократическим требованием равенства в пользовании политическими правами. В свою очередь, правовые нормы и процедуры разрешения споров имели отражение в целом ряде источников – в обычае (темпе), законах (номос) и в псефисмах (постановления народных собраний, относящиеся к отдельным лицам, конкретным случаям и т. д.)².

¹ Батыр К.И., Филиппова Т.П., Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права: учеб. / под ред. К.И. Батыра. М.: Былина, 1996. С. 58.

² Графский В.Г. Всеобщая история права и государства: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2007. С. 162.

Остановимся более подробно на источниках римского права, которые стали поистине украшением античного мира в целом и древнеримского общества в частности.

Нужно отметить, что древние римляне весьма много восприняли от древнегреческого наследия, использовали разработки в области государственного строительства в собственной системе управления. Подчеркивая этот факт, отечественные дореволюционные правоведы заявляли: «Римское право, имевшее своим первоначальным источником юридические отношения небольшой городской общины, не только внешним образом завладело миром, но вместе с тем и внутренне преобразовалось в мировое право»¹.

Обращаясь к первоисточнику, следует отметить и размышления великих юристов Древнего Рима. Так, согласно дошедшим до наших дней суждениям одного из авторитетнейших римских юристов II в. Гая: «Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium» (Книга 1.2)². Другими словами, право римского народа представляло собой совокупность различных источников: законов, плебисцитов, сенатских постановлений, конституций принцепсов, эдиктов и ответов юристов. В этом смысле не лишним будет вспомнить замечания современных исследователей, которые подчеркивают, что каждый из указанных Гаем источников права следует рассматривать с учетом периодизации истории римского права, имея в виду приоритетный характер того или иного из них в определенный период³.

От формальных источников права (таких, например, как римское право в различных формах) следует отличать «источники познания» права, которые в рассматриваемом историческом периоде были представлены всевозможными юридическими памятниками (Законами XII таблиц, Институциями Гая и др.), произведениями

¹ Белогруд Н.Е. Римское право: источники, история, институции. Киев, 1894. С. 1.

² Институции Гая = Gai Institutionum commentarii quattuor: текст, пер. с лат., коммент / под общ. ред. Д.В. Дождева. М.: Статут, 2020. С. 17.

³ Сиваракша И.В. Римское частное право: учеб. пособие. Оренбург, 2010. С. 5–6.

римских юристов, историков, «антикваров», ораторов, писателей, философов и т. д.¹

Сами же ключевые формы права, использовавшиеся в Древнем Риме, детально были раскрыты в Институциях Гая. В качестве закона было принято считать повеление и постановление народа (Кн. 1.3). Первоначально (в республиканский период (ранняя республика) законы исходили от Народного собрания, именовались *leges*. В то же время народ (*populus*) выступал в роли суверенного коллектива (*cives*). Вследствие этого признавалась всеобщность творца (*populus*) и адресата (*cives*), что обуславливало универсальный характер принимаемой нормы².

Фактически изложенное со всей очевидностью означало принятие закона всеми гражданами для всех граждан и, как следствие, необходимость его соблюдения.

В рассматриваемом контексте необходимо также подчеркнуть важность одного из первых кодифицированных писанных источников права Древнего Рима – Законов XII таблиц (451–450 г. до н. э.). Считается, что обозначенный правовой акт представлял собой кодекс всех действовавших в то время постановлений в Риме. Примечательно, что их изучением должен был заниматься каждый образованный человек³.

В свою очередь, плебисцит можно понимать как весьма схожий с законом источник права. Это было, по сути, повеление и постановление только плебса, т. е. простого народа, куда не входили патриции (аристократы). В связи с таким конфликтом интересов патриции заявляли об отсутствии юридической силы плебисцитов, не наделяли их юридической силой, ограничивали их применение лишь средой плебса. Однако такая ситуация была присуща лишь эпохе Ранней Римской республики, поскольку согласно изданному в 287 г. до н. э. по итогам политической борьбы в Риме диктатором Квинтом Гортензией законом, получившим одноименное название (лат. *Lex Hortensia*), было подтверждено

¹ Кудинов О.А. Комментарии к источникам римского права. М.: Дашков и К°, 2012. С. 8.

² Там же. С. 11.

³ Белогруд Н. Е. Указ. соч. С. 5.

положение Закона Валерия и Горация 449 г. до н. э.¹ В соответствии с указанным актом решения трибутских комиций должны быть обязательны для всего народа (патрициев и плебеев)².

Еще одним источником права, который выделял Гай, было сенатское постановление, представляющее собой повеление и постановление сената, имевшее силу закона, хотя он же недвусмысленно отмечал, что ранее об этом довольно ожесточенно спорили (Кн. 1.4). Тем не менее очевидно, что уже в период принципата начинает все более активно проявляться нормотворческая роль Сената путем издания постановлений – *сенатусконсультов* (*senatusconsulta*).

Причина повышения значимости указанного формального источника права заключается в политической плоскости, так как подобные акты со временем превращались в наиболее удобный инструмент принятия правовых норм для императоров. Несмотря на то что решения обладали юридической силой, инициатором их принятия зачастую являлись принцепсы в Сенате (*oratione ad senatum*). С течением времени данный источник также утратил свою силу³, поскольку место сенатусконсультов заняли решения императора.

В Древнем Риме в качестве источников права понимали не только коллегиальные, но и единоличные решения. К ним относились конституции принцепса (лат. *princeps* – первый), в которые включались постановления императора в форме декрета, эдикта или письма. При этом указанный источник права имел силу закона, так как считалось, что сам император получает высшую власть посредством закона (Кн. 1.5).

В качестве еще одной формы права, присущей Древнеримскому государству, Гай определял эдикты, т. е. предписания тех, у кого есть право издавать правила. Такой нормотворческой компетенцией обладали многочисленные магистраты римского народа. При этом наиболее полно свое право вводить общеобязатель-

¹ Машкин Н.А. История древнего Рима / отв. ред. А.Г. Бокщаниню. М.: Государственное издательство политической литературы, 1956. С. 121.

² Ливий Тит. Римская история от основания города / пер. с лат.; под ред. и предисл. П. Адрианова: в 6 т. Т. 1 Книги I–V. 2-е изд. М.: Тип. Е. Гербек, 1897. С. 276.

³ Кудинов О.А. Комментарии к источникам римского права. М.: Дашков и К°, 2012. С. 15.

ные правила поведения реализовали преторы, представлявшие на время осуществления своих полномочий определенный свод правил – эдикты. Наибольшее значение среди эдиктов имели постановления городского претора и претора peregrinorum, судебные полномочия которых в провинциях осуществляли наместники. Сюда же относились и эдикты курульных эдилов, судебные полномочия которых в провинциях римского народа принадлежали квесторам. В императорские провинции квесторы не направлялись вовсе, поэтому в данных провинциях этот эдикт не издавался (Кн. 1.6).

Термин «эдикт» происходит от слова *dico* (говорю) и в соответствии с этим первоначально обозначал устное объявление магистрата по тому или иному вопросу. Со временем эдикт несколько трансформировался и в итоге получил специальное значение в виде программного объявления, которое по установившейся практике делали (уже в письменной форме) республиканские магистры при вступлении в должность¹.

По мнению современных исследователей, эдикт выступает в качестве продукта правотворческой деятельности должностных лиц Древнего Рима, имеющего как положительные, так и отрицательные стороны. Позитивным аспектом рассматриваемого источника права выступает его большая гибкость по сравнению с законами и, как следствие, возможность отражать непосредственные потребности населения. В то же время эдикт не обладал долговечностью и преемственностью в силу того, что после срока отправления полномочий правовые отношения, возникавшие на основе эдикта, могли утратить свою юридическую силу².

Особенностью эдиктов было то, что их содержание, а также специфика заключенных в них правовых норм, их высокий юридический статус позволяли обойти временные ограничения. Несмотря на то что эдикт, по сути, содержал годовую программу деятельности магистрата и формально имел обязательный характер только для его автора (магистрата) при нахождении у власти, фактически его наиболее удачные положения в последующем повторялись и в эдиктах вновь избранных магистратов. Следовательно,

¹ Новицкий И.Б. Римское право: учеб. для вузов. М.: ИКД ЗЕРЦАЛО–М, 2003. С. 18.

² Сиваракша И.В. Указ. соч. С. 5–6.

часть эдикта, ставшая постоянной путем ежегодного перехода ключевых положений в последующие эдикты, стала именоваться *edictum tralaticium*, приобретая значение постоянного источника права¹.

Рассуждая по поводу этого источника права, выдающийся специалист по римскому частному праву профессор Д.В. Дождев акцентировал внимание на том, что преторский эдикт относился к порядку судопроизводства и защиты прав, охватывая все разделы и уровни римской правовой системы. Несмотря на составление в 131–133 гг. Юлианом официального единого текста «постоянного эдикта», Гай продолжает говорить об эдикте двух преторов, поскольку каждый из них при вступлении в должность объявлял программу судебной деятельности отдельно.

Наличие не только городского претора, но и претора peregrinorum (от лат. peregrinus – иностранец, чужеземец) обусловлено тем, что peregrini, будучи лицами, не имеющими римского гражданства, обладали правом на судебную защиту в Риме. Вследствие этого в 242 г. до н. э. была учреждена специальная должность для отправления правосудия между этими категориями граждан, а также между иностранцами и римлянами, между самими иностранцами – претор по делам peregrinorum (praetor peregrinus). Это, в свою очередь, повлияло на общее развитие преторского права в Древнем Риме.

Выделим также и курульных эдилов, являвшихся магистратами, в обязанности которых входило обеспечение порядка на рынках. Они также наделялись правом издания эдиктов, содержащих общеобязательные нормы для защиты прав потребителей (выражаясь современным языком)².

В качестве еще одного источника римского права Гай в своих Институциях отмечает *ответы юристов*, под которыми он подразумевал решения и мнения тех, кому дозволено правотворчество, т. е. лиц, обладающих данным правом.

В комментариях современных исследователей по данному поводу указывается, что акцент на «дозволенности» правотворчества юристов получал значение в зависимости от императорской

¹ Кудинов О.А. Указ. соч. С. 17.

² Институции Гая. С. 294.

власти, тогда как в гражданском обществе правотворчество юрисконсультов оправдывалось их научным авторитетом (*auctoritas*) и покоилось на обычае¹. Далее Гай указывал: «И если все они сходятся на одном решении, то имеет силу закона то, в чем они так придут к согласию; если же они расходятся во мнениях, судья имеет право следовать тому решению, какому пожелает; и это отмечается в рескрипте божественного Адриана» (Кн. 1.7)².

Следует подчеркнуть, что несколько позже на законодательном уровне в качестве обязательного источника права в Древнем Риме была признана юридическая доктрина. Это произошло в 426 г. н. э., когда был принят Закон о цитировании (*Lex citationum*), вследствие чего все сочинения Папиниана, Павла, Гая, Ульпиана и Модестина признавались авторитетными источниками. Одновременно утверждалось, что ответы этих авторитетных юристов были общеобязательными («...имеют законную силу суждения тех, чьи мнения и обсуждения вопросов все вышеназванные включили в свои сочинения, как мнения Сцеволы, Сабина, Юлиана и Марцелла и всех, кого те упоминают, если только их сочинения подтверждаются сопоставлением различных собраний относительно своей достоверности»). В случае множества мнений по одному и тому же вопросу или спору приоритет отдавался большинству, а при наличии равенства преобладала позиция, которой придерживался Папиниан³. Считается, что таким образом император чисто механически разрешил серьезнейшее затруднение в правоприменительной практике Древнего Рима⁴.

Таким образом, придание законом Феодосия II и Валентиниана III юридической силы трудам пяти упомянутых римских юристов свидетельствует о признании их заслуг и безапелляционности авторитета. Примечательно, что в дополнение к данному утверждению профессор В.А. Томсинов подметил довольно

¹ Институции Гая. С. 294–295.

² Гай. Институции: Кн. 1–4 / пер. с лат. Ф. Дыдынского; под ред. и с введ. Л.Л. Кофанова, В.А. Савельева. М.: Юристъ, 1997. С. 19.

³ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: в 2 т. / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1: Древний мир и Средние века / сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. М.: Норма, 2010. С. 199.

⁴ Боголепов Н.П. Учебник истории римского права / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2004. С. 503.

интересный факт, что четверо из указанных юристов (за исключением Гая) были современниками (конец II – первая половина III вв. н. э.). При этом Павел и Ульпиан являлись ассессорами при Папиниане, а Модестин, в свою очередь, был учеником Ульпиана. Что касается Гая, то он, как предполагается, мог быть старшим современником остальных¹.

Фактически это означает, что нравственный авторитет решений римских юристов сменился юридическим авторитетом, появившимся вследствие придания обязательной силы решениям тех юристов, которым предоставлено было *jus respondendi* (толкования юристов). Таким образом, мнения юристов (точнее, их ответы на затруднительные юридические вопросы – *responsa*) были возведены в степень формы права. В дополнение изложенному Г.Ф. Шершеневич емко подметил: «В Новое время, особенно в XVI–XIX вв., в Германии обращались к юридическим факультетам за решением спорных вопросов, и такому решению придавалась обязательная сила именно потому, что с ним считались судьи. Ничего подобного не встречается в современной истории»².

На основании изложенного можно утверждать, что правовая доктрина на закате Римского государства была признана в качестве одного из обязательных источников права, являясь, по сути, данью уважения к вкладу выдающихся юристов своего времени в развитие правовой науки.

Несколько позже император Восточной Римской империи Феодосий II также акцентировал внимание на значимости юридической доктрины, в результате чего распространил действие обозначенного источника на территорию государства. В дальнейшем император Юстиниан подтвердил специальной Конституцией 533 г. тот факт, что правовая доктрина в форме трудов наиболее авторитетных римских юристов имеет силу закона³.

¹ Томсинов В.А. Юриспруденция в духовной культуре древнего и средневекового общества: (историко-сравнительное юридическое исследование): дис. ... д-ра юрид. наук. Гродно, 1993. С. 123.

² Общая теория права. Вып. 1 / Шершеневич Г.Ф. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1910. С. 372.

³ Чашников В.А., Старикова О.Н. Правовая доктрина как источник права (историко-юридический аспект) // Историография истории политических и правовых учений. Теоретические, методологические и исследовательские проблемы: материалы круглого стола (Екатеринбург, 19 декабря 2020 г.). Екатеринбург, 2020. С. 79.

Следует также отметить довольно значимое влияние Институций Юстиниана на римское право в целом. Указанное обстоятельство способствовало тому, что дореволюционные российские правоведы с особым вниманием анализировали Институции, считали их не только кратким учебником права (с историко-догматическим содержанием), но и одновременно формальным источником права¹.

Относительно форм права, которыми руководствуются «все народы» (а не только римский народ), Гай в своих самых первых положениях Институций (Кн. 1.1) указывает: «Все народы, которыми правят закон и обычай, живут как по своему собственному праву, так и по праву, общему для всех людей; ведь то право, которое каждый народ установил сам для себя, является его собственным и называется гражданским правом, как бы собственным правом гражданской общины; то же право, которое установил естественный разум среди всех людей, соблюдается одинаково у всех народов и называется всеобщим правом, как бы правом, по которому живут все народы. Итак, римский народ живет как по своему собственному праву, так и по праву, общему для всех людей»².

Рассмотрим более подробно обычай в Древнем Риме, который, несмотря на то что в силу авторитетности и общего признания являлся весомым источником права, со временем утратил свое первоначальное значение, уступив лидерство иным формам права.

Как и у подавляющего большинства народов, у древних римлян первоначальным источником права и первой формой его образования и существования был обычай. Очевидно, что для Древнего Рима обычай имел значение так называемого *mores majorum* (обычая предков или пути предков). Как и везде, эти обычаи предков на первых порах не отделялись от религиозных обрядов и правил нравственности. Однако римляне относительно рано начали отделять светское право (*jus*) от правил религии — *fas*: «*fas ad religionem, jura pertinent ad homines*» (божественное право [относится] к религии, а установления светского права от-

¹ Белогруд Н.Е. Указ. соч. С. 2.

² Гай. Институции: Кн. 1–4 / пер. с лат. Ф. Дыдынского; под ред. и с введ. Л.Л. Кофанова, В.А. Савельева. М.: Юрист, 1997. С. 17.

носятся к людям [т. е. делам мирским]), «*fas lex divina, jus lex humana est*» («*fas*» – это божественный закон, а «*jus*» – это закон человеческий (т. е. первое установлено богами, а второе – людьми)¹.

В отечественной науке справедливо отмечается, что в древнейшем периоде римской истории обычай обладал не только статусом главного, но и почти единственного источника права.

С развитием гражданского оборота и сопутствовавших ему правоотношений происходила дифференциация самого обычая. Во-первых, выделялись обычаи, которые вырабатывались всем народом, т. е. юридические правила, возникшие вследствие того, что все члены римского народа в известных случаях благодаря одинаковости условий жизни поступали одинаково. Во-вторых, появились так называемые специальные обычаи, которые могли вырабатываться только известным кругом лиц, хотя и содержали в себе правила, обязательные для всего народа².

В целом считается, что нормы обычного права в Древнем Риме имели следующие формы:

обычаи предков (*mores maiorum*);

обычная практика (*usus*);

обычаи, сложившиеся в практике жрецов (*commentarii pontificum*);

обычаи, сложившиеся в практике магистратов (*commentarii magistratuum*)³.

С императорского периода используется термин «обычай» (*consuetudo*). Помимо этого, следует указать, что обычай со временем утрачивал свое значение, но не содержание, так как стал входить в разнообразные нормативные акты, а также произведения римских юристов, в последующем приобретшие статус правовой доктрины.

В книге I Дигестов Юстиниана в третьем титуле (О законах, сенатусконсультах и долговременном обычае) есть довольно примечательные строки относительно правового обычая в Риме: «Если мы не имеем писаных законов для каких-либо дел, то следует соблюдать установленное нравами и обычаем; а если этого

¹ Покровский И.А. История римского права – вступит. ст., пер. с лат. и ком. А.Д. Рудокваса. СПб.: Летний Сад, 1998. С. 53.

² Сиваракша И.В. Указ. соч. С. 7.

³ Кудинов О.А. Указ. соч. С. 9.

нет для какого-либо дела, то (следует соблюдать) наиболее близкое и вытекающее из последнего (правило); если и этого не оказывается, то следует применять право, которым пользуется город Рим. Прежний укоренившийся обычай заслуженно применяется как закон, и это право называется правом, установленным нравами»¹.

Таким образом, античные источники права отличались весьма заметным разнообразием, что было обусловлено особенностями жизни древних греков и древних римлян.

2.3. Источники права романо-германской правовой системы

Прежде чем перейти к рассмотрению источников права романо-германской правовой семьи, следует проанализировать путь ее возникновения и развития, обстоятельства, предшествовавшие и сопутствовавшие этому, которые и оказали в последующем наиболее важное влияние, а результаты этого процесса мы можем непосредственно наблюдать сегодня, в том числе на примере отечественной правовой системы.

В первую очередь отметим, что романо-германская правовая семья включает в себя совокупность национальных правовых систем государств, которые имеют общие черты развития, сформированные на основе ключевых принципов построения древнеримского права, с включением положений канонического права, доктринальных норм, разработанных в университетах, а также местных обычаев (с ведущей ролью в качестве источника права нормативного правового акта).

Особенности возникновения и развития форм (источников) права в романо-германской правовой семье, что становится весьма заметно в сравнительно-правовой ретроспективе, обусловлены спецификой эволюции элементов указанной правовой семьи, о чем в свое время обстоятельно высказывался профессор М.Н. Марченко. Ученый выделял три ключевых периода становления и развития романо-германской правовой семьи.

¹ Дигесты Юстиниана 2-е изд., испр. / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2008. Т. I. С. 113.

1. До XIII в. – время становления и развития романо-германской правовой семьи. В качестве основных источников права традиционно использовались кодекс, дигесты и институции Юстиниана, а также другие приспособленные к новым условиям источники римского права. Одновременно применялись разнообразные обычаи, а также «законы» германских, славянских, нордических и иных племен – законы варваров (Варварские правды).

2. XIII–XVIII вв. – время развития юридической доктрины в качестве источника права, активное использование канонических правовых норм.

3. XVIII в. – настоящее время – эпоха трансформации закона (нормативного правового акта) и перехода его из второстепенного в основной источник романо-германского права¹.

По поводу возникновения романо-германской правовой семьи и последующей эволюции источников права отдельные ученые неоднократно высказывались, что эта семья является самой древней. В качестве аргумента выдвигается тезис, ее корни можно отыскать и в Древнем Вавилоне, и в Древнем Египте, и в Древней Греции. В то же время, к примеру, Л.П. Рассказов добавляет, что «основа романо-германской правовой семьи была заложена в древнеримском государстве»². По поводу последнего утверждения, исходя из характера источников права, а также рецепции древнеримского права, дискуссии не возникает.

В учебной литературе также довольно емко характеризуется становление романо-германской правовой семьи, где в качестве ключевых особенностей отмечается ее историческое первоначальное возникновение именно в континентальной Европе в результате накопления многовекового технико-юридического опыта и развития специфической правовой культуры и правовых традиций, поэтому ее еще называют континентальной.

Создание романо-германской правовой системы непосредственно связано с периодом Возрождения, начавшимся в Западной Европе в XII–XIII вв., где новое общество осознало необходимость права, а вместе с ним оптимального сочетания его внешних форм (источников) выражения. Приблизительно в этот пери-

¹ Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2015. С. 424–431.

² Рассказов Л.П. Романо-германская правовая семья: генезис, основные черты и важнейшие источники // Юрист-Правовед. 2014. № 5(66). С. 13.

од пришло понимание того, что именно право способно обеспечить порядок и безопасность; одновременно вновь была признана его собственная относительно самостоятельная роль. В качестве ключевого источника идей возрождения и создания нового права выступали университеты и церковь как очаги культуры.

Необходимо отметить, что развитие источников права в романо-германской правовой семье происходило на определенном теоретико-идеологическом фундаменте. Так, можно выделить активный процесс рецепции (от лат. *receptio* – принятие) римского права с его последующим изучением в университетах, где как раз и происходило восприятие правовых концепций, взглядов и образа мысли представителей и наиболее ярких интерпретаторов римского права.

Римское право с течением времени превратилось в основу частного права, правоведы все активнее заимствовали различные правовые конструкции и категории (деление права на частное и публичное, классификация прав на вещные и личные, понятия пользования, сервитута давности, представительства, найма и др.).

Активное развитие права и интерпретация его ключевых норм и институтов через университетское образование позволили правовой доктрине стать основным источником права. Именно доктринальные основы права способствовали разработке терминологического аппарата, основных принципов права, методов интерпретации правовых норм, с помощью которых открывают право и толкуют законы, в соответствии со складывающимися условиями жизнедеятельности общества. Отход от юридической доктрины в качестве источника права произошел только с победой идей демократии и кодификации, вследствие чего на первый план вышел закон¹.

В романо-германской правовой семье, к которой относится и правовая система России, традиционно первичными источниками права выступают нормативные правовые акты, нормативные правовые договоры, в том числе международные, и общие принципы права. В свою очередь, вторичными являются правовые обычаи, судебная практика и правовая доктрина. Однако,

¹ Радько Т.Н. Теория государства и права: учебник для бакалавров. М.: Проспект, 2014. С. 373–374.

анализируя представленные в отечественном юридическом дискурсе научные позиции, можно выделить и несколько иную точку зрения, согласно которой в качестве первичных источников выступают нормативные акты и обычаи, а к источникам иногда относят также общие принципы права. В свою очередь, к вторичным причисляют судебную практику, судебные прецеденты и доктрины¹.

Зарубежные исследователи также довольно подробно классифицируют источники права, в частности рассматривая их на примере Германии. В качестве обязательных (нормативных) источников права по их иерархической силе выделяют следующие.

1. Право Европейского сообщества, в том числе основные договоры, директивы, решения Европейского суда.

2. Конституция.

3. Универсальное международное право.

4. Законы.

5. Подзаконные акты.

6. Обычное право.

7. Общие принципы права.

8. Судебный прецедент (особенно решения Конституционного суда, а также в результате повторности однородные решения Федерального верховного суда).

9. Частные правовые сделки (договор и т. д.).

В качестве необязательных (ненормативных) источников права Германии выделяют следующие.

1. Доктрина (научный и практический комментарий).

2. Законы зарубежных стран.

3. Решения зарубежных судов.

4. Судебная практика.

В то же время в связи с федеративным государственным устройством Германии некоторые источники права (Конституция, законы, подзаконные акты и обычное право) существуют на двух уровнях: федеральном и на уровне субъектов. По общему

¹ Рассказов Л.П. Романо-германская правовая семья: генезис, основные черты и важнейшие источники. С. 15.

правилу, если источник права субъекта федерации противоречит источнику федерального права, приоритет отдается последнему¹.

Отсутствие общепринятого мнения по поводу источников права романо-германской правовой семьи обусловлено неоднородностью национальных правовых систем относительно приоритетности источников права, а также их применения в силу исторических особенностей и национальных правовых традиций.

Охарактеризуем ключевые источники романо-германской правовой семьи. В первую очередь подчеркнем, что нормативный правовой акт занимает высшую ступень в иерархии и является наиболее распространенным. На верхней ступени среди нормативных правовых актов находятся конституционно-правовые источники (конституции и конституционные законы), далее – обычные законы. По поводу последних компаративисты отмечают, что европейская юридическая доктрина и законодательная практика различают три разновидности обычного закона: кодексы, специальные законы (текущее законодательство) и сводные тексты норм².

Помимо законов в собственном смысле слова, писаное право стран романо-германской правовой семьи включает в наше время множество норм и предписаний, изданных не парламентом, а иными государственными органами³. Сюда относятся так называемые подзаконные нормативные акты, которые зачастую издаются с целью реализации положений законодательных норм, но не должны им противоречить, и составляют основную часть массива нормативных правовых актов.

Обычай занимает второстепенную роль по отношению к закону в рассматриваемой правовой семье. Данный источник права в романо-германской правовой семье нередко понимается как норма, дополняющая закон. Между тем данная позиция имеет ряд исключений. Например, для современного права Франции и Германии, а именно сферы гражданского и торгового права,

¹ Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и особенная части. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Акад. нар. хоз-ва при Правительстве РФ: Дело, 2002. С. 87.

² Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. / под ред. В.А. Туманова. М.: Юристъ, 2003. С. 162.

³ Давид Р.Д. Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 144.

не исключается применение обычая не только в дополнение, но и вопреки положениям закона¹.

В отличие от англосаксонской правовой семьи, романо-германский судебный прецедент в качестве источника права вызывает неоднозначную оценку в различных национальных правовых системах. В порядке исключения из общего принципа в особых случаях может быть установлена обязанность судьи следовать определенному прецеденту или линии, установленной прецедентами. Данная ситуация зачастую характерна для определенных судебных инстанций, обладающих главенствующим статусом. Например, в ФРГ такой авторитет придан решениям Федерального конституционного суда, а в Швейцарии кантональные суды связаны решением Федерального суда, признавшего неконституционным кантональный закон. В свою очередь, в Португалии авторитетом прецедента обладают решения Пленума Верховного суда, опубликованные в официальном органе «Диариу да Республика»².

Для отечественной правовой системы прецедент не признается в качестве источника права, лишь по определенным признакам, формально, к нему можно отнести отдельные решения Конституционного Суда РФ. В целом же позиция законодателя и большинства представителей академического сообщества пока не отражает единства мнений и в большей степени характеризуется отрицанием установления судебного прецедента в качестве источника права.

В современной системе романо-германского права отмечается ее особое место и значение юридической доктрины, а также ее роль в разработке основных принципов построения этой правовой семьи³. В дополнение к этому М.Н. Марченко подчеркивает, что, не являясь признанной в качестве формального источника романо-германского права, доктрина вместе с тем оказывает огромное влияние не только на правоприменителя и интерпретатора действующего права. К ней обращаются члены высших и

¹ Ерофеева Д.В., Шагиева Р.В. Источники права: от римской правовой традиции до современности. Калуга: Полиграф-Информ, 2010. С. 31.

² Давид Р.Д. Указ. соч. С. 141.

³ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. / под ред. В.А. Туманова. М.: Юрист, 2003. С. 163.

местных законодательных органов при подготовке и обсуждении проектов законов и других нормативных актов.

Юридическая доктрина как источник права зачастую находится в распоряжении высших судебных инстанций при решении спорных вопросов и формировании общей нормы судейского права. Согласимся и с выводом М.Н. Марченко о том, что доктрина как неформальный источник права, будучи тесно связанной с прецедентом и другими источниками права, неизменно играет в каждой из них весьма важную практическую роль¹.

Относительно исторических особенностей источников права отечественной правовой системы, которая бесспорно относится к романо-германской правовой семье, существует ряд довольно примечательных фактов. Например, как свидетельствует история отечественного государства и права, еще на заре становления государственности среди источников права преобладал именно правовой обычай, который со временем стал вытесняться нормативными правовыми актами. При этом, как указывалось ранее, для Древней Руси было характерно использование и нормативного правового договора, особенно в рамках юридического закрепления достигнутых результатов соглашений на межгосударственном уровне. Такая историческая преемственность сохранилась и в настоящее время.

Довольно интересными выглядят воззрения советских правоведов по поводу таких источников права, как обычай и прецедент, относительно их применения в отечественной правовой системе, на тот момент – советской. Указывалось, что значение первого совершенно ничтожно, а роль последнего совсем не признана. Одновременно с этим в советском правоведении обращалось внимание и на довольно специфический источник права – правосознание: «На первых этапах истории Советского государства некоторую роль в качестве источника права в формальном смысле сыграло революционное правосознание. Это, однако, носило временный и во многих отношениях ограниченный характер»². Вместе с тем выделим и позицию А.В. Юрковского, который поясняет, что в настоящее время правосознание, не будучи

¹ Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2015. С. 516–518.

² Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки: Труды юридического факультета. 1946. Вып. 116. Кн. 2. С. 19.

источником права в формальном смысле слова, продолжает играть значительную роль при применении права и в процессе производства новых правовых норм. Последнее утверждение не вызывает сомнения, так как сложно представить какой-либо формальный источник права вне правосознания, играющего ключевую роль при его создании и последующем применении. Современные исследователи придерживаются аналогичной точки зрения. В частности, отмечается, что правосознание как источник права можно рассматривать только в идеальном (идеологическом) смысле¹.

2.4. Англосаксонская правовая система: сущность и источники

Правовая система государств общего права на сегодняшний день является одной из самых устойчивых в мире. На протяжении столетий она выработала свои (особые) формы (источники) права, как включающие традиционные представления, так и отражающие специфические особенности средневекового права Англии. На данный момент в правовой системе Великобритании, которую с полным основанием можно считать ключевым элементом всей англосаксонской правовой системы, признается множественность источников (форм) права, среди них:

- а) статуты (законы) британского парламента;
- б) судебные прецеденты (источники общего права и права справедливости);
- в) акты толкования права;
- г) делегированное законодательство (подзаконные нормативные правовые акты);
- д) правовые документы Европейского союза (до выхода Великобритании из ЕС приходилось даже изменять основы внутреннего законодательства, чтобы соответствовать правовой системе Союза);
- е) международные договоры и конвенции;

¹ Теория государства и права: учеб. пособие / под ред. А.В. Юрковского. Иркутск: Иркутский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры РФ, 2016. С. 289.

ж) обычаи;
з) юридические труды;
и) зарубежное право (право и законодательство других стран)¹.

Рассмотрим далее более подробно ключевые источники права, характерные именно для данной правовой системы, особенности их становления и проявления в правовой реальности, в первую очередь на примере английского и американского права.

Итак, для Англии, помимо весьма значительной роли судебного прецедента, с момента нормандского завоевания (1066 г.) и повышения роли нормативного правового акта в качестве источника права в последнее время особое место занимает обычай (*custom*). Сейчас правовой обычай – весьма редкое явление для Англии, однако именно обычное право стало основой, на которой, благодаря судебной практике, и возникло общее право (*common law*).

Вместе с тем обычай как источник права в средневековой Англии, несмотря на свое поистине огромное влияние на формирование общего права в государстве, не характеризовался однородностью. Он включал в себя нормы, значительно отличающиеся в региональном разрезе в зависимости от того или иного графства или города, которые были довольно специфическими для отдельных частей королевства². В связи с этим не удивительно, что исследователи наблюдали практически непрерывный процесс постепенного вытеснения местных норм обычного права, оставшихся еще с англосаксонских времен, с целью унификации правовой системы. Примечательно, что формально данное право никогда не отменялось. Однако по мере все возрастающей роли права, применявшегося королевскими судьями, значение обычного права стало уменьшаться³. При этом справедливо отмечено, что указанный процесс был весьма длительным, так как в плоть

¹ Романов А.К. Право и правовая система Великобритании: учеб. пособие. М.: ФОРУМ, 2014. С. 92.

² Недилько Ю.В. Толкование обычаев как один из факторов формирования средневекового английского позитивного права // Ленинградский юридический журнал. 2017. № 3(49). С. 53.

³ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Основы: пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 2000. Т. 1. С. 279.

до XIV в. в Англии наблюдалось преобладание обычая над всеми остальными источниками права¹.

Правовой обычай как источник права в рассматриваемой правовой системе примечателен еще тем, что на законодательном уровне определена точка отсчета, позволяющая установить возможность признания того или иного обычая в качестве носителя правовой нормы для конкретного правоотношения. Данное правило было установлено I Вестминстерским статутом в 1275 г. Указанный акт предусматривал, что обычай в качестве источника права признается действующим в случае наличия доказанности его непрерывного существования (с «незапамятных времен»), а точкой завершения отсчета эпохи считается начало правления короля Англии Ричарда I (1189 г.). Установление такого обстоятельства (даты) в последующем позволило английским судьям черпать в установленных древних правилах юридическую силу принимаемых ими решений².

Следует также остановиться на ключевых критериях, согласно которым обычай в Англии может быть признан правовым и считается источником права. Такие критерии были выработаны судебной практикой и обобщены Блэкстоном в 1765 г.: древность, непрерывность, разумность, определенность и ясность, нормативность, локальность (территориальная ограниченность действия) и естественность происхождения³.

Непрерывность обычая означает сохранение юридической силы за данным источником права с момента его возникновения и до настоящего времени. В основе критерия разумности обычая лежат моральные представления, которые заключаются в соответствии общепринятым представлениям о добре и зле, правильном и неправильном поведении. Такой критерий, как определенность обычая, имеет в большей степени территориальный признак, так как требует установления границ местности, в пределах которой он действует. В свою очередь, ясность предполагает наличие естественного знания (известности), о каких правах конкретно идет речь.

¹ Недилько Ю.В. Указ. соч. С. 58.

² Там же. С. 57.

³ Романов А.К. Право и правовая система Великобритании: учеб. пособие. М.: ФОРУМ, 2014. С. 123.

Нормативность обычая, безусловно, предполагает наличие в нем нормативного предписания. Указанное основание проявляется в том, что обычай порождает для соответствующих субъектов не только субъективные права, но и корреспондирующие им обязанности.

Локальность обычая довольно схожа с критерием определенности. Но в данном случае предусматривается наличие правила, которое соблюдается только в пределах определенной местности, поскольку за ее территориальными границами имеются свои (локальные) обычаи. Естественное происхождение подразумевает возникновение обычая в силу объективного характера, без целенаправленного участия субъектов (например, в силу договоренностей, предписаний или распоряжений власти¹).

Закономерным, по мнению исследователей, является тот факт, что обычаи, а в последующем и результаты их интерпретации стали основой английского прецедентного общего права. Вместе с тем обычай как самый ранний источник права приспособивался правоприменителями к изменяющимся реалиям посредством расширительного толкования, а также аналогии².

По поводу значимой роли обычая в качестве источника права в средневековой Англии можно судить исходя из текста такого важного политико-правового акта средневекового мира, как Великая хартия вольностей (Magna Carta), датированного 1215 г. В частности, согласно ст. 13 данного акта «И город Лондон должен иметь все древние вольности и свободные свои обычаи как на суше, так и на воде. Кроме того, мы желаем и соизволяем, чтобы все другие города и бурги, и местечки, и порты имели все вольности и свободные свои обычаи». Об обычаях говорится и в ст. 41: «Все купцы должны иметь право свободно и безопасно выезжать из Англии и въезжать в Англию и пребывать и ездить по Англии как на суше, так и по воде, для того чтобы покупать и продавать без всяких незаконных пошлин, уплачивая лишь старинные и справедливые, обычаем установленные пошлины...».

Довольно примечательным является факт признания наличия обычаев, которые по своему текущему статусу (на тот

¹ Романов А.К. Право и правовая система Великобритании: учеб. пособие. М.: ФОРУМ, 2014. С. 125–128.

² Недилько Ю.В. Указ. соч. С. 60.

период) утратили социальное значение: «Все дурные обычаи, существующие относительно заповедных королевских лесов и выделенных в них для охоты заповедных мест, а также должностных лиц, заведующих этими лесами и местами, шерифов и их слуг, рек и их охранителей, немедленно же должны быть подвергнуты расследованию в каждом графстве через посредство двенадцати присяжных рыцарей ...» (ст. 48). В заключение рассмотрения данного исторического документа следует отметить положения, содержащиеся в ст. 60: «Все же те вышеназванные обычаи и вольности, какие только мы соблаговолили признать подлежащими соблюдению в нашем королевстве, насколько это касается нас в отношении к нашим [вассалам], все в нашем королевстве, как миряне, так и клирики, обязаны соблюдать, насколько это касается их в отношении к их вассалам»¹.

О значимости обычая в английском праве можно судить и исходя из трактата середины XIII в. «О законах и обычаях Англии». В частности, § 2 Главы I Книги I имеет довольно емкое наименование «О том, что в одной только Англии пользуются обычаем и неписаным правом». В нем указывается на исключительность действия только в одной Англии неписаного права и обычая. А далее по тексту говорится: «Именно в этой стране право возникло из неписаного (обычая), получившего всеобщее одобрение в результате применения». Кроме того, отмечается наличие множественности разнообразных обычаев, соответствующих различным местностям страны, так как англичане обладают по обычаю многими правами, которых они не имеют по закону. В связи с этим в различных графствах, городских общинах, бургах и деревнях приходилось постоянно проводить расследования о том, каков обычай этой местности и как этот обычай соблюдается теми (людьми), которые на него ссылаются.

Довольно примечательным является и тот факт, что на доктринальном уровне (§ 2 Гл. III Кн. I) дается пояснение термина «обычай» – это то, что иногда исполняется как закон в тех местностях, где он утвердился вследствие долгого пользования и со-

¹ Памятники истории Англии XI–XIII вв. / пер. и введ. Д.М. Петрушевского. М.: Соцэкгиз, 1936. С. 97–117.

блюдается подобно закону, потому что длительное пользование и обычай имеют не меньшую силу (чем закон)¹.

В то же время следует обратить внимание на довольно специфическое условие относительно старинности обычаев, так как таковым может считаться только местный обычай (следовательно, на торговые обычаи, *mercantile customs*, это условие не распространялось²).

Объективное снижение роли обычая в английской правовой системе было связано с довольно специфическими условиями признания его в качестве источника права. Так, одним из ключевых критериев является подтверждение длительности существования обычая, т. е. его «старинного» характера, который не утрачивает своей силы на протяжении веков и продолжает действовать в настоящее время. Только при соблюдении этого условия обычай признается правовым и приобретает юридически обязательный характер.

История становления и развития английской правовой системы за последнее тысячелетие неразрывно связана с таким источником (формой) права, как *судебный прецедент*, который появился в Англии благодаря деятельности судебных органов и со временем выкристаллизовался в один из ключевых маркеров всей англосаксонской правовой семьи.

Считается, что историческая роль прецедентного права в формировании единого английского права обусловила то, что понятия «прецедентное право» и «общее право» применяются как синонимы. Однако прецедентное право создавалось не только судами общего права, но также и судами канцлера, которые развили право справедливости³.

В специализированной литературе юристы довольно емко раскрывают общее представление о прецеденте. В частности, отмечается, что, рассматривая конкретное дело, суд выносит приговор или решение. В итоге этот судебный документ является, с одной стороны, императивным актом (по сути правопримени-

¹ Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Европа: V–XVII вв. / рук. науч. проекта Г.Ю. Семигин М.: Мысль. 1999. Т. 2. С. 417–426.

² Давид Р.Д. Указ. соч. С. 326–327.

³ Богдановская И.Ю. Указ. соч. С. 20.

тельным актом) для участников конкретного судебного дела, а с другой стороны, служит частным случаем применения права. Более того, в этом контексте он порождает общую норму – становится прецедентом¹. Иными словами, двойственность прецедента заключается в его правоприменительной и нормотворческой правовой природе.

Основу данного источника права составляет принцип, обязывающий соблюдать прецеденты, который носит название *stare decisis* (от лат. «стоять на решенном»). При этом обязательно в прецеденте не все решение, а только «сердцевина» дела, суть правовой позиции судьи, на основе которой он выносит решение или приговор, именуемый *ratio decidendi* (от лат. «решающий довод», «обоснование решения»). Доводы же, не обязательные для выводов суда по делу, относятся к «попутно сказанному», т. е. имеют дополнительный характер и называются *obiter dicta*².

Фактически это означает, что основная задача юриста, анализирующего судебное решение, – в поиске источника права выделить из него общую норму, т. е. *ratio decidendi*, обоснование (положение, принцип права, основа), на которой принимается решение по делу. Именно эта прецедентная норма как часть судебного решения имеет обязательный для суда характер³.

Зарождение прецедентного права в английской правовой системе имеет довольно длительную историю, уходящую к правлению Генриха II (1154–1189), который провел судебную реформу и добился изъятия из местных феодальных судов значительного количества дел. В итоге Королевские суды в Вестминстере (Суд королевской скамьи, Суд казначейства и Суд общих тяжб) рассматривали жалобы в качестве апелляционной инстанции на решения сеньориальных судов, обладали правом приостанавливать их действие, а также переносить их слушание в Вестминстер.

На территории графств правосудие со стороны центральной власти стали осуществлять также и разъездные суды, через них главным образом и шел процесс образования общего права. В процессе своей деятельности на отдельных местностях коро-

¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. М.: Юрид. лит., 1985. С. 7.

² Там же. С. 8.

³ Романов А.К. Право и правовая система Великобритании: учеб. пособие. М.: ФОРУМ, 2014. С. 111.

левские судьи не только осуществляли правосудие, но и попутно знакомились с местными обычаями. Уже в последующем, съезжаясь в Вестминстере, они анализировали выявленные обычаи с целью последующего обобщения и введения общих правил для единообразного рассмотрения дел впредь. Считается, что, помимо обычаев, судьи использовали и дошедшие с континента нормы римского и канонического права. Исходя из существующих источников права каждый судья выбирал подходящий, по его мнению, вариант решения конкретного дела, становившийся в последующем прецедентом на будущее¹.

Подобный скрупулезный процесс, однако, вполне естественно приводил к необходимости более широкого распространения судебных постановлений, в частности прецедентов, с целью единообразного вынесения решений по аналогичным делам в будущем. В итоге нормы общего права закреплялись решениями судей, заносившимися в так называемые «Свитки тяжб». Попутно происходил процесс снижения роли обычаев и, как следствие, доминирования правовых норм, выработанных королевскими судами в Вестминстере, которые затем распространялись по всему королевству разъездными судьями².

Вместе с тем существующая практика, где в качестве источника права выступает решение Королевского суда, не в полной мере стала обеспечивать должную защиту прав личности. Помимо этого, суды характеризовались медлительностью и дороговизной рассмотрения дел. К этому еще можно добавить проблемы с переводом многочисленных судебных решений, написанных на старофранцузском языке, их пересмотра и обновления. В результате право стало излишне техничным и перестало развиваться³. В то же время это не означало полного отхода от общего права или отказа от использования прецедента в качестве источника права: наоборот, происходил активный поиск компромиссного варианта.

В итоге параллельно с действием общего права, т. е. в дополнение к уже существующему, с конца XIV в. стало развиваться еще одно направление — *право справедливости*, которое обяза-

¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. М.: Юрид. лит., 1985. С. 15–16.

² Там же. С. 16.

³ Богдановская И.Ю. Указ. соч. С. 21.

но своим появлением практике *Суда канцлера*. Невозможность обеспечить рассмотрение дел в судах общего права, особенно по вопросам землепользования, по причине излишней закостенелости существовавшей судебной системы все чаще сподвигала истцов обращаться к королевскому канцлеру с целью рассмотреть их дело «по справедливости». Это привело к дуализму прецедентного права, к тому же в Суде канцлера уже выработалась своя система прецедентов¹. И только в ходе судебной реформы 1873–1875 гг. две существовавшие параллельно на протяжении веков системы объединились с целью достижения единообразия принимаемых решений и обеспечения в дальнейшем их юридической силы. Тем не менее ключевым источником английского права, как и ранее, признавался судебный прецедент.

При ознакомлении с таким источником права, как судебный прецедент, на первый взгляд может показаться, что он в силу своей исторической давности и первостепенного значения обладает юридической силой и обязательностью для всех органов власти, в том числе для судебных институтов. Однако здесь имеются некоторые оговорки, характерные для правовой системы Англии.

Существующее правило судебного прецедента, заключающееся в обязательном характере и требованиях к английским судам придерживаться решений, принятых их предшественниками, стало таковым лишь с первой половины XIX в. Ранее для судебных органов приоритетным направлением являлось обеспечение согласованности судебной практики в ходе решения дел и, как следствие, подробнейшее сопоставление фактических обстоятельств. Еще раз подчеркнем, что указанная ситуация не обуславливала необходимость следования принципу обязательного соблюдения прецедента².

Рассматривая в целом судебный прецедент как источник права английской правовой системы, следует отметить и особенности его реализации для судебных органов государства. В частности, до недавнего времени соблюдались следующие правила:

1) решения, вынесенные Палатой Лордов, составляют обязательные прецеденты для всех судов;

¹ Кросс Р. Указ. соч. С. 17.

² Давид Р.Д. Указ. соч. С. 319.

2) решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для всех нижестоящих судов и (кроме уголовного права) для самого этого суда;

3) решения, принятые Высоким судом, обязательны для низших судов и, не будучи строго обязательными, имеют весьма важное значение и обычно используются как руководство различными отделениями Высокого суда и Судом Короны¹.

В то же время следует учитывать произошедшие за последние несколько лет изменения в судебной системе Англии и Уэльса (Соединенного Королевства), которые повлияли на данные положения. В частности, 24 марта 2005 г. был принят Закон «О конституционной реформе» (Constitutional Reform Act)². Согласно данному акту предусматривается реформирование должности лорда-канцлера (с 23 апреля 2003 г. эту должность в Великобритании занимает Алекс Чок) в части лишения его судебных функций. В результате этих изменений Палата Лордов в лице Апелляционного комитета перестала выступать в качестве судебной инстанции, была лишена апелляционной юрисдикции, а взамен нее был учрежден Верховный суд Великобритании (Supreme Court of the United Kingdom).

Помимо этого, следует отметить еще одну немаловажную деталь в английской правовой системе. Так, ранее было естественным наличие строгой обязанности Палаты Лордов при принятии решений следовать своим же прецедентам, однако 26 июля 1966 г. лордом Гардинером от своего имени и от имени лордов Апелляционной палаты было сделано заявление, где сказано, что использование прецедента как незаменимой основы для принятия решений обеспечивает некоторую степень определенности, на которую граждане могут полагаться при ведении своих дел (это также выступает основой для упорядоченной разработки правовых норм). В дополнение к этому говорилось о потенциальной несправедливости в конкретном случае, а также о неоправданных ограничениях надлежащего развития права в случае слишком жесткого следования прецеденту.

В результате было предложено изменить сложившуюся практику и, рассматривая прежние решения Палаты Лордов (су-

¹ Давид Р.Д. Указ. соч. С. 319.

² Constitutional Reform Act 2005. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/enacted/data.pdf>

дебные прецеденты) как обычно обязательные, иметь возможность впредь отступать от предыдущих решений, когда это представляется правильным.

Одновременно была сделана оговорка, которая гласила, что данное заявление не имеет целью повлиять на использование прецедента где-либо еще, кроме как в Палате Лордов¹. Все это было нацелено на обеспечение стабильности рассматриваемого источника права и расширение возможностей именно для высшего судебного органа власти. Таким образом, иные судебные органы не приобрели возможность отступать от судебного прецедента и по-прежнему остались связанными им в своих решениях. В настоящее время указанное правило действует и в отношении созданного Верховного суда Великобритании как правопреемника Палаты Лордов по выполнению возложенных ранее на нее судебных функций. Следует отметить, что в английской правовой системе судебными прецедентами в качестве обязательного источника права признаются только решения высших судов.

Помимо правового обычая и судебного прецедента, еще одним источником права в английской правовой системе признается *нормативный правовой акт*, роль которого за последние годы значительно возросла. В связи с этим согласно классической теории в законе (в строгом смысле этого слова) видится второстепенный источник права, который привносит лишь ряд поправок и дополнений к праву, созданному судебной практикой.

Таким образом, складывается довольно парадоксальная ситуация. Дело в том, что представители других правовых семей имеют несколько иное, традиционное понимание закона. Однако судьи могут применять нормы, содержащиеся в законе, только в случае их полного инкорпорирования в английское право, но для этого требуется неоднократное применение их и истолкование судами². В том числе в силу указанных обстоятельств нормативный правовой акт получает дополнительное развитие и укрепляется в качестве довольно весомого источника права в странах англосаксонской правовой системы.

¹ The Judicial House of lords, 1876–2009 / ed. by Louis Blom-Cooper, Brice Dickson a. Gavin Drewry. Oxford: Oxford univ. press, 2009. P. 128.

² Давид Р.Д. Указ. соч. С. 323–324.

Несмотря на преобладание судебного прецедента, исследователями отмечается, что только английский парламент ежегодно принимает до 80 публичных статутов (законов), а к середине XX в. их действовало около 5 тысяч. Примечательно, что за последующие 35 лет было принято еще 2399 актов. Довольно ярким примером такой тенденции являются итоги правотворческой деятельности в австралийском штате Виктория, где с 1857 г. ведется сплошная нумерация актов законодательного органа. В частности, за первые 50 лет после введения нумерации было принято 2074 акта, а в последующие 50 лет – 4029 актов; в течение следующих двух десятилетий – 2865 законов. Примечателен и тот факт, что в английском праве презюмируется позиция сохранения действия актов парламента, которые со временем не устаревают, в следствие чего принятые в XIV–XV вв. статуты до сих пор используются в судебной практике¹.

Следовательно, для классических национальных систем англосаксонской правовой семьи (Англии и США) ни в коей мере не является абсолютной истиной, что прецедент полностью и безраздельно доминирует над остальными источниками права, значительно снижает их роль и разнообразие. Современное развитие нормативных правовых актов в этих странах демонстрирует иную тенденцию.

Статуты как источники права, принимаемые британским парламентом, являются неоднородными, в связи с чем по содержанию их можно подразделить на следующие виды:

- 1) статуты, реформирующие право, т. е. принимаемые парламентом с целью пересмотра норм уже действующего права;
- 2) консолидированные статуты, которые представляют собой акт, направленный на объединение в одном законе положений иных законодательных актов, принятых ранее;
- 3) кодифицированные статуты, в рамках которых происходит объединение норм права, относящихся к одному вопросу или институту;
- 4) налоговые статуты, которые принимаются ежегодно, так как представляют собой финансовые акты, на основании которых формируется государственный бюджет (вследствие этого возни-

¹ Богдановская И.Ю. Указ. соч. С. 117.

кает необходимость ежегодной корректировки финансовой политики государства);

5) текущие статуты – наиболее распространенные акты данного источника права, принимаемые для решения основных и самых распространенных вопросов в жизни страны¹.

Несмотря на то что статуты занимают весомое место среди всех видов нормативных правовых актов как источников права, в Великобритании они не являются единственными, хотя имеют наибольшую юридическую силу. Следует также отметить наличие иных видов нормативных правовых актов, принимаемых монархом и правительством, которые отражают специфику указанных формальных источников права в английской правовой системе. В частности, глава государства в Великобритании – монарх издает два вида нормативных актов: а) приказания монарха в Совете (*Orders in Council*), по своему юридическому статусу обладающие высшей юридической силой среди актов делегированного законодательства; б) указы – зачастую это *Commencement Order*, т. е. указы монарха о придании силы (введении в действие) статуту, принятому парламентом.

Примечательно, что парламент может делегировать свои конституционные полномочия исполнительной власти (правительству, министерствам и ведомствам), которые уже своей властью издают законодательные акты. Данные акты ведомственного характера в правовой системе Великобритании известны как результаты «делегированного законодательства». Они подразделяются на приказы в Совете, постановления и инструкции, подзаконные нормативные акты².

Обозначенные свойства нормативных правовых актов как источников права в Великобритании обусловлены исторической традицией, а также монархической формой правления со значительными полномочиями законодательной ветви власти.

Складывающаяся на протяжении столетий практика использования источников права в Англии довольно независима от какого-либо внешнего и внутреннего влияния. Несмотря на постепенное повышение роли нормативного правового акта в наши

¹ Романов А.К. Указ. соч. С. 93–94.

² Там же. С. 104–105.

дни, английское право продолжает оставаться правом судебной практики. Это обусловлено рядом факторов: судебные органы косвенно продолжают руководить развитием права в отдельных направлениях; английские юристы склоны неукоснительно придерживаться созданных на протяжении столетий судебных традиций¹.

При этом стоит отметить, что появление новых общественных отношений, которые ранее не регулировались с помощью судебных решений, обуславливает принятие законодательных актов, выступающих в данном случае первичным источником права по причине отсутствия судебных прецедентов как таковых. Со временем указанная практика получает все большее распространение, что и объясняет (хотя бы отчасти) повышение роли закона как источника права (по сравнению с тем значением, которое у него было на заре становления современной правовой системы Англии).

Прецедент как источник (форма) права в англосаксонской правовой семье, обладая значительной юридической ролью по отношению к иным источникам права, остается таковым и без прямого выражения воли законодателя (парламента). В то время как парламент создает право, суды его применяют, но в английской доктрине считается, что, применяя право, судьи «его открывают»: даже в том случае, если результатом деятельности судов является исключительно прецедент, его положения есть открытое право, отдельный источник (форма) права².

К иным источникам права в англосаксонской правовой семье, которые не являются по своей сути первичными, относятся научные издания (*textbooks*). При этом данные издания, несмотря на свой авторитет, не содержат непосредственно нормы права, но лишь излагают мнение юристов, их мысли (в отечественной трактовке такой источник именуется доктриной). С учетом вторичного характера научных публикаций как источников права они используются только при отсутствии первичных источников. Это может происходить в силу их утраты. В данном случае научные публикации выступают в качестве единственного надежного сви-

¹ Давид Р.Д. Указ. соч. С. 325.

² Романов А.К. Указ. соч. С. 109.

детельства существования первичных источников общего права (здесь важно понимать, что подобная характеристика научных и доктринальных источников относится в большей степени к тем публикациям, которые имели место в далеком прошлом, поэтому имеют как научную, так и известную правоприменительную ценность для английского законодателя и судьи; современные судебные решения довольно детально и подробно фиксируются в различных судебных отчетах, публикуются в открытом доступе в сети Интернет).

В связи с этим вполне логичной выглядит классификация *textbooks* исходя из критерия даты их издания. В первую очередь это публикации, которые были составлены и опубликованы в прошлых столетиях и используются как подлинный источник норм общего права. Именно они обладают юридической силой при условии соблюдения вышеизложенных условий. Вторую группу составляют публикации современного периода. Они не рассматриваются как непосредственно имеющие юридическую силу (поэтому и называть их однозначно источником права было бы неверно). В то же время роль таких *textbooks* заключается в возможности правильного выбора подходящего к конкретному делу первоисточника (судебного отчета или статута).

В связи с этим нелишним будет отметить, что относительно критериев разделения первой и второй группы указанных научных публикаций в английском юридическом дискурсе сохраняется значительное количество дискуссий. В целом принято считать, что последней старой публикацией является классическая работа У. Блэкстона «Комментарии к английским законам» (*Commentaries on the Law of England*; 1765–1769)¹. Этот известный и авторитетный научный труд включает в себя разделы, посвященные не только правам личности, но также вещному праву и уголовно наказуемым деяниям. Работа У. Блэкстона «*Commentaries on the Law of England*» оказала значительное влияние не только на эволюцию английского, но и американского права. Даже в настоящее время тезисы, положения и научные позиции У. Блэкстона по самым разным вопросам и проблемам часто цитируются су-

¹ Романов А.К. Указ. соч. С. 128–129.

дебными органами Соединенных Штатов Америки, в том числе Верховным Судом.

Довольно примечателен и процесс становления национальной правовой системы в США, которая по своему внешнему выражению и содержанию подобна английской, но по отдельным аспектам между ними сохраняются весьма заметные отличия. В частности, в США нормативный правовой акт обладает большей юридической силой и значением, чем в Англии, а судебные прецеденты по отношению к данному источнику права занимают второстепенную роль. При этом, в отличие от английской правовой системы, судебные органы США, в частности федеральный Верховный Суд и Верховные суды штатов, не считаются обязанными неукоснительно выполнять свои же прецеденты, т. е. имеют больше возможностей отходить от положений этого источника права и изменять их.

Использование правовых обычаев в качестве источника права является очень большой редкостью в Штатах. Это же относится и к применению в процессе правотворчества правовой доктрины (хотя от штата к штату ситуация может меняться). Американский колорит проявляется также в самосуществовании правовых систем пятидесяти штатов, которые имеют свои собственные судебные прецеденты и законодательство штатов, помимо общенационального. Сложность американской системы источников права заключается именно в двух уровнях законодательства и прецедентов, которые могут существенно отличаться.

Тем не менее, несмотря на обозначенные отличия, американская правовая система имеет очень много общего с английской, особенно если учитывать, что заселение территории современных США происходило первоначально в основном за счет английских колонистов. К моменту провозглашения независимости в 1776 г. США пользовались правом, формально «заимствованным» у Англии. В последующем национальная правовая система США развивалась по своему самостоятельному пути¹. Хронологически датой начала процесса применения общего пра-

¹ Бернам У. Правовая система США. Вып. 3 / науч. ред. В.А. Власихин; пер. с англ. А.В. Александрова и др. М.: Новая юстиция, 2006. С. 111.

ва во всех американских колониях считается 1607 г. (момент создания англичанами колонии в Виргинии)¹.

Зарубежные исследователи отмечают, что иерархия источников права, исходя из клаузулы Конституции США о верховенстве федерального права над правом штатов, позволяет сконструировать следующую систему элементов:

- 1) федеральная Конституция;
- 2) федеральные статуты, международные договоры и правила судопроизводства;
- 3) нормы и правила федеральных административных ведомств;
- 4) федеральное общее право;
- 5) конституции штатов;
- 6) статуты и правила судопроизводства штатов;
- 7) правила административных ведомств штатов;
- 8) общее право штатов.

В качестве примечания к приведенной системе У. Бернам указывает, что на всех уровнях иерархии, занимаемых источниками писаного права, также присутствуют судебные прецеденты, основанные на толковании соответствующих норм писаного права². В этой иерархии Конституция, бесспорно, занимая верховное положение, имеет писанный характер, в отличие от Великобритании, где основной закон состоит из различных по времени принятия конституционных актов.

Статуты в США, подобно сложившейся и в Англии практике, являются нормативными актами, которые принимаются с учетом приоритета федерального государственного устройства над региональным и местным. В свою очередь, международные договоры выступают еще одним источником права, хотя и менее значимым. Примечательно, что данные договоры являются частью федерального права и находятся на той же ступени иерархии источников права, что и федеральные статуты.

В качестве источника права в США выделяют и *правила судопроизводства* – это акты, направленные на регламентацию процессуальных аспектов деятельности судебных органов. На

¹ Давид Р.Д. Указ. соч. С. 335.

² Бернам У. Указ. соч. С. 108.

уровне штатов также существуют собственные правила судопроизводства, утверждаемые верховным судом штата.

Нормы, правила и решения административных ведомств, являющиеся одной из разновидностей писаных источников права в США, выступают итогом нормотворческой деятельности данных ведомств. При этом решения, принимаемые в ходе административных слушаний, могут приобретать силу закона¹. Аналогичные подходы к нормативным правовым актам в качестве источников права наблюдаются и на уровне штатов, но с обязательным учетом местных особенностей и наличия возможности отходить в некоторых вопросах от положений федеральных актов.

Прецедент в качестве источника права в США по своей сути имеет довольно схожие основы с тем, как это зафиксировано в английской правовой системе. Он также содержит нормы, являющиеся итогом правотворческой деятельности судебных органов при разрешении споров. Однако приобрести статус прецедента может решение не каждого суда общей юрисдикции, а только высших судов.

Исследователи выделяют два вида судебных прецедентов в США в зависимости от основы их создания – общего права или писаного права. В свою очередь, прецедентное право нередко именуют «неписанным», так как установленная судебным решением правовая норма зачастую только подразумевается им.

Использование прецедента в качестве источника права на федеральном уровне в США имеет определенную специфику, которая обусловлена законодательными полномочиями штатов и федеральной власти. Первые имеют общее полномочие законодательной инициативы в любой области общественных отношений, за исключением ограничений, предусмотренных федеральной Конституцией. В свою очередь, полномочия федеральной власти ограничены изначально в силу реализации принципа разделения властей и федерализма.

Все возможные ограничения действуют и в области судебного нормотворчества. В итоге сфера действия федерального общего права значительно ограничена по своему объему, поэтому нормотворчество федеральных судебных органов возможно только

¹ Бернам У. Указ. соч. С. 104–105.

при наличии ряда обстоятельств. Во-первых, при условии, что конгресс санкционирует такое нормотворчество в рамках реализации конституционных полномочий, во-вторых, в случае явной и настоятельной необходимости обеспечить защиту интересов федеральной власти.

Вторая группа судебных прецедентов – создаваемые путем толкования писаного права. Они также подчиняются в США правилу *stare decisis* (правовой принцип, по которому судьи обязаны уважать прецеденты, созданные предшествующими решениями), аналогичному применяемому в английской правовой системе. Следствием этого является ситуация, когда судебное решение по конкретному делу, принятое в результате процесса толкования статута, становится источником права и в дальнейшем подлежит применению при рассмотрении дел, основанных на данном статуте и связанных с аналогичными обстоятельствами. Рассматриваемый судебный прецедент как источник права, созданный на основе толкования писаного права, считается производным от интерпретируемых норм такого права. Вследствие этого юридическая сила такого прецедента тождественна уровню иерархии толкуемого источника права¹.

Компаративисты приходят к выводу, что в США, в силу особенностей федеративного устройства государства, прецедентное право имеет свои уникальные черты, важнейшей из которых является несколько иной его авторитет, иная сила прецедента (в отличие от английского опыта развития²). Добавим к этому также то, что суверенный статус штатов как субъектов федерации также является причиной наличия некоторых особенностей, а само правило *stare decisis* относится к компетенции штатов только в пределах их судебной системы.

В то же время в силу большей гибкости судебного прецедента довольно часто встречаются случаи изменения судебной практики как на федеральном, так и на региональном уровне. В верховных судах штатов изменения судебной практики обусловлены давлением мнений юристов, желанием направить право штата в то господствующее течение, которое установилось в дру-

¹ Бернам У. Указ. соч. С. 106–108.

² Давид Р.Д. Указ. соч. С. 365.

гих штатах, чем и восстанавливается единство общего права США¹.

Правовая доктрина в странах общего права имеет свою специфику, которая связана с опережающим развитием практики и юридической науки на этапе зарождения правовой системы. Это накладывает отпечаток и на образовательный процесс в юридических вузах, где в приоритете процессуальные аспекты, а не нормы материального права. Параллельным результатом этого является тот факт, что на протяжении отдельных исторических этапов в англосаксонской правовой системе первоочередное внимание уделялось практической составляющей деятельности юристов, а не их теоретической подготовке (как известно, большинство авторитетных авторов правовых доктрин современности имели довольно тесную взаимосвязь с юридическим образованием).

Изложенное делает очевидными причины, по которым судьи общего права уже к XVI–XVII вв. разработали обширный понятийный аппарат, в то время как правовая наука все еще находилась в стадии формирования. В Англии на протяжении нескольких веков процветали школы права при Судебных иннах, где преподавание велось практикующими барристерами и судьями. Вместе с тем известные университеты, Оксфорд и Кембридж, до середины XVIII в. специализировались на преподавании римского и канонического права. В других странах англосаксонской правовой системы (кроме США) университеты стали открываться в XIX–XX вв. В связи с этим не удивительно, что в Австралии первые факультеты права были открыты в середине XIX в.²

Подводя итоги, можно отметить, что признание правовой доктрины как источника права в системе общего права оценивается неоднозначно. Общепринятой считается позиция, согласно которой для того, чтобы стать формальным источником права, то или иное учение должно получить статус «авторитетного». Например, в Великобритании к таким работам относят труды Брактона, Глэнвиля, Литтлтона, Кока, Хейла, Блэкстона, Д. Остина, А. Дайси. Современная правовая доктрина стала играть меньшую роль. Особенно это заметно, если обратить вни-

¹ Там же. С. 366.

² Богдановская И.Ю. Указ. соч. С. 274.

мание на уменьшение количества обращений в Палату Лордов при рассмотрении апелляционных дел, когда адвокаты стали меньше цитировать работы ученых-юристов. Напротив, в решениях Верховного Суда США очень часто встречаются ссылки на доктринальные работы¹. В целом обращение к правовой доктрине в англосаксонской правовой семье в качестве источника права допустимо и находит свое официальное признание. Однако возможностей использования таких положений трудов мыслителей прошлого при разрешении современных проблем в правоотношениях между субъектами права становится все меньше.

2.5. Мусульманское право: структура и источники

В основе мусульманского права лежит одна из мировых религий – ислам, которая является самой молодой (появление датируется VII в н. э.) из ныне существующих религиозных верований общемирового масштаба. Тем не менее ее распространение очень широкое, охватывает государства арабского мира и сопредельные регионы. При этом мусульманское право, в отличие от иных мировых религий, находит активную поддержку со стороны государственных органов соответствующих стран и, как следствие, оказывает существенное влияние на национальные правовые системы.

Живший в конце VI в. – начале VII в. арабский религиозный и общественный деятель Мухаммад (Мухаммед) является основателем ислама и всей возникшей позже системы мусульманского права. Именно он оставил своим последователям два источника божественных заповедей, которые в настоящее время, по сути, являются одновременно и источниками мусульманского права. Во-первых, это Коран, т. е. священная книга ислама, непосредственно представляющая собой откровение Аллаха, и Сунна Пророка – собрание преданий (хадисов) о деяниях и изречениях последнего². Рассмотрим с историко-правовых и теоретико-

¹ Богдановская И.Ю. Указ. соч. С. 279, 281.

² Сюкияйнен Л.Р. Исламское право и диалог культур в современном. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2021. С. 33.

правовых позиций ряд особенностей обозначенных источников мусульманского права.

Ислам представляет собой широко известное и весьма распространенное религиозно-этическое учение, а также особую культуру, цивилизацию, образ жизни. Регулирование различных сторон жизни мусульман осуществляется *шариатом* – сводом предписаний, узаконений. Шариат означает «путь», «следование»¹. В исламской научной мысли утвердилось специальное, используемое при изучении ислама, определение шариата как совокупности обращенных к людям предписаний, установленных Аллахом и переданных им через своего Посланника – Пророка Мухаммада². Считается, что в исламском государстве именно шариат обладает высшей юридической силой и, как следствие, выступает единственным источником всего права.

Именно нормам шариата должны непреклонно соответствовать любые светские нормативные правовые акты независимо от источника их издания. Вместе с тем исследователи отмечают, что шариат, являясь по сути мусульманским правом, основывается на строго определенных источниках – это Коран, Сунна, Иджма, Кияс, Тафсир³. Фактически шариат как мусульманское право (положения шариата выходят далеко за юридическую плоскость и не ограничиваются ей) основывается на указанных источниках (формах) права, а в общем виде сам является фундаментальным источником.

Считается, что из всех мировых религий ислам наиболее близко соприкасается с государством и правом, а в качестве связующего звена выступает, с одной стороны, мусульманское право, а с другой – исламская правовая идеология. Именно государственный характер ислама и центральное место в нем мусульманского права позволяют воспринимать эту религию и как систему норм, регулирующих общественные отношения, и как универсальную политико-правовую доктрину.

Вместе с тем в отечественном исламоведении принято рассматривать мусульманское право с двух позиций. Согласно узко-

¹ Боронбеков С. Основные ценности ислама – объекты охраны шариата // Государство и право. 2003. № 2. С. 93.

² Сюкияйнен Л.Р. Указ. соч. С. 33.

³ Боронбеков С. Указ. соч. С. 94.

му подходу это совокупность действующих норм, применяемых судами современных государств. В соответствии с *широким подходом* мусульманское право представляет собой единую исламскую систему социального нормативного регулирования, которая включает как юридические нормы, так и неправовые регуляторы, в первую очередь религиозные и нравственные правила поведения, а также обычаи¹.

Довольно широкий диапазон мнений относительно трактовок мусульманского права накладывает отпечаток и на понимание источников права, которые требуют особого отношения и рассмотрения, что обусловлено двумя ключевыми причинами. В первую очередь само мусульманское право пронизано религиозным духом и не ставило перед собой задачу именно с помощью религиозных положений урегулировать общественные отношения. В то же время исследователям, которые не связаны непосредственно с исламом (будь то конфессиональная принадлежность к данной религии или проживание в государстве, где она является главенствующей), довольно сложно через личное устоявшееся правосознание, основанное на светском понимании права, уяснить его особенности через религиозную составляющую.

В связи с этим следует отметить довольно аргументированные предостережения профессора В.В. Болговой по поводу системы источников мусульманского права. В первую очередь необходимо принимать во внимание, что ни Коран, ни Сунна, ни Иджма, ни Кияс формами права в смысле, который вкладывается в это понятие в западной традиции права, не являются. Дело в том, что это, по сути, либо источник смысла, либо принцип решения дела.

Помимо этого, исламское право видится единым и монолитным лишь на взгляд того же европейца, но оно отнюдь не однородно, хотя имеет общие исторические и идеологические корни, и эта неоднородность наиболее четко видна в системе источников права². Исследователями также отмечается, что с учетом исторического развития источники мусульманского права целесообразно подразделить на два вида: *основные* и *дополнительные*. Пер-

¹ Якубенко К.Ю. К вопросу о понятии и источниках мусульманского права // Сибирский юридический вестник. 2007. № 4(39). С. 7.

² Болгова В.В. Источники исламского права: некоторые проблемы исследования системы // European science. 2015. № 5(6). С. 23.

вые представляют собой четко определенный, завершенный и не вызывающий сомнений перечень, ставший уже классическим — это Коран, Сунна, Иджма, Кияс. В качестве дополнительных источников выступают обычай, доктрина, фирманы, кануны, законодательство и т. д.¹

В связи с этим становится вполне понятным, что современные исследователи в качестве источника мусульманского права, помимо четырех классических, выделяют и *адат* (от араб. ада, мн. адат — обычай, привычка), представляющий собой обычное право у мусульманских народов. Добавим, что в противоположность шариату адат представляет собой совокупность обычаев и народной юридической практики в самых разнообразных сферах общественных отношений².

Указанные обстоятельства обусловили особое отношение к анализу и оценке источников исламского права в его классическом виде, что сопровождается необходимостью учета религиозных особенностей, подходов к построению правовых норм, их последующей практической реализации.

По поводу источников мусульманского права современные компаративисты отмечают, что закон в понятии позднеримского и романо-германского права в мусульманском правопонимании не существует как таковой. Теоретически только Бог имеет законодательную власть. В действительности единственным источником мусульманского права являются труды ученых-юристов, и, как следствие, рассматриваемая система права представляет собой замечательный пример права, создаваемого юристами.

Не должно в этом плане вызывать удивление и мнение, что мусульманское право было создано и развивалось частными специалистами. В итоге именно правовая наука, а не государство играет роль законодателя: учебники имеют силу закона. При рассмотрении дела судья никогда прямо не обращается к Корану или Сунне. Вместо этого он ссылается на автора, авторитет которого общепризнан³.

¹ Якубенко К.Ю. К вопросу о понятии и источниках мусульманского права // Сибирский юридический вестник. 2007. № 4(39). С. 15.

² Попова И.А. Источники мусульманского права // Бизнес в законе. 2009. № 4. С. 62.

³ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. / под ред. В.А. Туманова. М.: Юристъ, 2003. С. 299.

Таким образом, высокая степень учета субъективного мнения в процессе формирования мусульманского права, хотя и признаваемого в качестве авторитетного источника, оказала значительное влияние на его неоднородность, что привело к появлению множества разнополярных точек зрения отдельных ученых-юристов и правовых школ на доктрину. Такая ситуация закономерно обусловила опасение, что мусульманское право может прийти в упадок из-за изобилия частных мнений.

С целью минимизации указанного риска исламский ученый-богослов, правовед Аш-Шафии (767–820 гг.) создал учение о четырех корнях – источниках мусульманского права (Коран, Сунна, Иджма, Кияс). Итогом этого учения стало появление у юристов твердого общего обоснования правовой оценки структуры мусульманского права. Такое разрешение кризисной ситуации в итоге было позитивно воспринято исламскими правовыми школами, а созидательная деятельность мусульманских юристов, в свою очередь, пошла на убыль¹. В наши дни указанный подход в учебной литературе преобладает в качестве основного при рассмотрении источников мусульманского права. Раскроем далее каждый из обозначенных корней (источников права) более предметно.

Однозначно можно утверждать, что в качестве ключевого и первичного источника мусульманского права выступает Коран. Данная священная книга мусульман представляет собой результат устного творчества. В связи с этим логично, что при жизни Мухаммеда никто систематически не собирал тексты, не занимался передачей их дословного содержания. С позиций нормативного содержания Коран рассматривается как некий моральный кодекс и судебник в связи с одновременным нахождением в нем правовых и нравственных положений². В то же время, несмотря на свою значимость, которая сохраняется и в настоящее время, Коран как источник права не мог в полной мере выступать в качестве свода правовых норм для регулирования общественных отношений и требовал поиска компромиссного варианта.

Определенным триггером дальнейшего процесса адаптации Корана к сложившимся условиям жизни послужило расширение

¹ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. / под ред. В.А. Туманова. М.: Юристъ, 2003. С. 301–302.

² Якубенко К.Ю. Указ. соч. С. 8, 10.

влияния арабского мира в связи завоеваниями (632–751 гг.) территорий Передней и Средней Азии, Северной Африки. Это привело к распространению в мусульманской среде обычаев, принятых в раннефеодальных обществах, потребовало приспособления к новым условиям. Выходом из данной ситуации стало использование более гибкого, не канонизированного источника, в качестве которого выступила Сунна – мусульманское священное предание, содержащее примеры жизни пророка Мухаммеда, которые, в свою очередь, выступают образцом и руководством для всей мусульманской общины (*уммы*) и каждого мусульманина. Такое повествование о высказываниях и поступках пророка Мухаммеда обладает вторым по значимости статусом в мусульманском праве.

Первоначально основой Сунны, как и Корана, служили устные источники, а именно рассказы – *хадисы* («рассказ», «сообщение») о делах и изречениях пророка Мухаммеда, собираемые его близкими людьми и родственниками. Каждый хадис структурно имеет две части. В первой перечисляются имена людей, передавших его, вплоть до того человека, который лично слышал изречения Пророка, а во второй – суть рассказа¹.

В качестве третьего источника мусульманского права, как отмечали ранее, выступает *Иджма*, т. е. согласованное заключение древних правоведов, знатоков ислама об обязанностях правоверного, получившее значение юридической истины, извлеченной из Корана или Сунны². Правоведы отмечают, что к Иджме в качестве дополняющего источника также примыкает *фетва* – заключения отдельных муфтиев по правовым вопросам в ответ на обращение *кади* (судьи), представителей органов государства или отдельных лиц³.

Стоит отметить, что появление Иджмы в качестве источника права обусловлено в целом теми же причинами, что и появление Сунны, – сложностью урегулирования общественных отношений на основе классических источников. Именно Иджма восполняет возникающие пробелы в сфере правового регулирования, представляя собой своеобразный аналог юридической доктрины.

¹ Якубенко К.Ю. Указ. соч. С. 10.

² Пиголкин А.С., Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А., Саидов А.Х. Теория государства и права: учеб. / под. ред. А.С. Пиголкина. М.: Юрайт-Издат, 2006. С. 395.

³ Якубенко К.Ю. Указ. соч. С. 12.

Помимо указанных, к системе источников мусульманского права традиционно относят рассуждения в области права по аналогии – Кияс. Суть Кияса заключается в применении тех или иных установленных Сунной или Иджмой предписаний к новым, не предусмотренным этими источниками права, случаям¹.

Завершая рассмотрение форм (источников) права Древнего Востока и современности в сравнительно-правовой ретроспективе, сформулируем ряд выводов.

Во-первых, можно с уверенностью утверждать о значительном разнообразии источников права в правовых системах прошлого и настоящего, которые находятся в постоянном развитии (эта динамика объясняется сменой приоритетов в зависимости от внешних или внутренних факторов, активной рецепцией римского права, распространением на новых территориях в период колониальной эпохи (общее право), высокой степенью инертности в вопросах сохранения традиций мусульманского права либо же иными, не менее значимыми, факторами).

Во-вторых, анализ историко-правового процесса развития источников (форм) права на различных этапах древней человеческой цивилизации позволяет утверждать, что в неразвитом обществе, основанном на традиционной экономике, формами права в большинстве случаев выступают правовой обычай, религиозные тексты, судебный прецедент. Одновременно с этим используется и договор в имущественных отношениях. Последующий переход общества к рыночной экономике и вступление в индустриальную эру обуславливают все более широкое применение нормативного акта. Этому способствовало постепенное утверждение всеобщей грамотности населения.

В-третьих, преимуществом нормативного правового акта можно считать его возможность точно фиксировать и оперативно преобразовывать в случае необходимости возникающие правила поведения различной сложности и степени интенсивности, что обеспечивает динамику общественного развития².

¹ Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2015. С. 749.

² Кашанина Т.В. Эволюция форм права // *Lex russica* (русский закон). 2011. Т. 70. № 1. С. 53.

3. Формы права в публично-правовой сфере

Вопрос о формах права в публично-правовой сфере также представляет несомненный интерес, хотя на сегодняшний день он не нашел должного отражения в специальной и академической литературе. Для эффективного разрешения вопроса в первую очередь требуется разграничить частное и публичное право (сделать это необходимо с учетом изменившейся ситуации в постиндустриальную эпоху развития права и государства). Отметим, что еще с дореволюционного этапа развития отечественного правоведения деление права на частное и публичное сопровождалось дискуссиями в юридической науке, отражавшими разные подходы правоведов к пониманию сущности права, характера правоотношений между субъектами и т. д. Все это отражается и на понимании специфики формы права в публично-правовой и частно-правовой сфере.

На наш взгляд, наиболее адекватным и целесообразным будет рассмотрение отличительных свойств отдельно публично-правовой и частноправовой сфер регулирования с акцентом на источниках права в каждой из анализируемых областей. Учитывая возникающие теоретические проблемы разграничения частноправовой и публично-правовой сфер регулирования общественных отношений, имея в виду также эволюцию взглядов, связанных с формированием понятия публичного права, следует согласиться с мнением о том, что публичное право:

относится в целом к такой системе нормативной регуляции общественных отношений, которая складывается в процессе политической деятельности;

является особым типом правового регулирования общественных отношений;

порождает особые правоотношения, возникающие в результате специфического воздействия на социальные отношения и основанные на системе власти и подчинения их участников;

представляет собой систему норм, созданных государством или субъектами, уполномоченными государством;

выступает особым правовым дозволением, предполагающим применение для его осуществления общественного (государственного) принуждения, результаты которого могут быть в последующем оспорены в судебном порядке;

есть технический прием, определенная юридическая конструкция, с помощью которой обозначается группа родственных отраслей права¹.

Д.И. Каждан отмечает ключевые аспекты источников публичного права, которым присущи централизм, гетерономное (от др.-греч. «другой» и «закон»), внешнее по отношению к человеку правовое воздействие, исходящее из одного источника – носителя публичной власти. Как следствие, для классической концепции публичного права характерна строгая иерархическая система форм права, создателем которой выступает публичный субъект, реализующий свои правотворческие функции.

Довольно справедливым является и замечание исследователя, что для отечественной сферы публичного права характерна некая децентрализация источников права в силу происходящих демократических преобразований, начавшихся в конце XX в., а также специфики российского федеративного государственного устройства. В итоге в настоящее время можно наблюдать функционирование как минимум трех основных правотворческих уровней: федерального, регионального и местного².

Выделенная тенденция характерна не только для отечественной правовой системы, но и для большинства государств современного мира, за исключением откровенно недемократических режимов, где всей государственно-правовой системе присущ централизм управления (сюда же можно с определенной долей условности отнести и правовые системы с устойчивыми историческими традициями формирования источников права в целом и публичной подсистемы в частности).

В публично-правовой сфере традиционно встречаются довольно многочисленные и разнообразные формы права. Источники публичного права (независимо от того, о каких массивах правовых норм идет речь, например, отрасли или подотрасли права) имеют свою специфику, которая в большей степени отражает

¹ Каждан Д.И. Теоретические проблемы определения понятия публичного права / под ред. В.В. Болговой. Самара: Самарское отд-ние Лит. фонда, 2009. С. 16.

² Каждан Д.И. Некоторые проблемы развития системы источников публичного права // Правовое регулирование деятельности хозяйствующего субъекта: материалы VII Междунар. науч.-практ. конф. «Проблемы развития предприятий: теория и практика» (27–28 ноября, Самара) / ред. кол.: А.Е. Пилецкий (отв. ред.) и др. Самара, 2008. Ч. 3. С. 120.

предмет правового регулирования. Например, среди источников международного уголовного права выделяют: международные договоры, обычные нормы права, судебные прецеденты, решения международных организаций, общие принципы права, национальные законы¹.

Относительно использования категории «источник публичного права» можно отметить обсуждаемый многими исследователями дуализм, который проявляется в том, что, с одной стороны, – это деятельность публичных субъектов, а с другой – система текстов, содержащих предписания, регламентирующих общественные отношения, возникающие в процессе деятельности публичных субъектов. Данные смысловые позиции не исключают друг друга, но и не предполагают их совместного рассмотрения в рамках одной теории и с использованием одного и того же инструментария².

Доктринальный анализ источников публичного права приводит некоторых исследователей и к более категоричным выводам. Например, указывается, что источники публичного права можно определить как нормативные юридические акты, регулирующие (закрепляющие) публичные отношения и содержащие нормы публичного права³. Фактически указанный подход в большей степени является следствием понимания источника права в качестве результата правотворческой деятельности государственных органов (иными словами, исходя из сугубо материалистических позиций).

Исследователями для источников публичного права на основе их формально-юридической направленности предлагается следующее определение данной правовой категории: формы внешнего выражения правовых норм, регулирующие общественные отношения, хотя бы одним из субъектов которых выступают

¹ Иногамова-Хегай Л.В. Источники международного уголовного права // Обще-признанные принципы и нормы международного права и международные договоры в практике конституционного правосудия: материалы Всерос. совещ. (Москва, 24 дек. 2002 г.) / редкол.: М. А. Митюков и др. М.: Междунар. отношения, 2004 (ГУП ИПК Ульян. Дом печати). С. 417.

² Каждан Д.И. Формирование и развитие источников публичного права: проблемы теории и методологии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2010. С. 15.

³ Кривошеев Е.В. Договоры как источники публичного права // Правовая парадигма. 2018. Т. 17. № 1. С. 75.

публично-правовые образования, органы государственной власти, должностные лица, иные публичные субъекты, действующие в интересах государства, общества, тех или иных социальных слоев, групп населения (публичных интересах) с преимущественным использованием императивного метода регулирования.

Сторонник подобной точки зрения, И.Н. Миронова, также добавляет, что источники публичного права отражают его основные особенности, а регулирование общественных отношений с участием публичных субъектов, действующих в публичных интересах, может осуществляться посредством преимущественно императивного метода. Помимо этого, указывается на разнообразие источников регулирования публичных правоотношений, среди которых ведущую роль играют нормативные правовые акты, нормативные договоры, правовые обычаи¹.

По большому счету проблема источников публичного права имеет, скорее, теоретический, чем практический характер, поскольку в правоприменительной деятельности разграничение источников публичного или частного права осуществляется исходя из критерия метода регулирования – императивный он или диспозитивный. В свою очередь, выбор метода правового регулирования зависит от сферы общественных отношений, а также целевой направленности процесса – предоставления возможности выбора поведения субъекту или установления жестких предписаний для защиты интересов сторон.

На первый взгляд может показаться, что все источники права с одинаковой частотой и шириной охвата могут применяться в публичной или частноправовой сфере. Это не совсем верно. Например, один из наиболее распространенных и древних источников права – правовой обычай в силу своей специфики имеет универсальный характер, поэтому является либо источником публичного права, либо источником частного права в зависимости от конкретной ситуации, где он применяется.

Одновременно с этим наиболее универсальная форма права – нормативный правовой акт, по мнению исследователей, также чаще всего включает нормы права, часть из которых можно отне-

¹ Миронова И.Н. Правовой обычай как источник современного российского публичного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 13.

сти к публичному праву, а часть – к частному. В качестве примера приводятся положения Семейного кодекса Российской Федерации, который содержит нормы как публичного, так и частного права, поэтому один и тот же акт может быть источником как права публичного, так и права частного¹.

Отметим также сложность проблемы классификации отрасли семейного права. Так, в учебной и научной литературе, исходя из специфики регулируемых общественных отношений, отмечается, что семейное право в большей степени представлено источниками частного права, в том числе в силу единства с положениями гражданского законодательства, которое еще с древнеримского права преимущественно лишено публичных свойств. В то же время сложно отрицать наличие в семейном праве публично-правовых элементов, которые представлены в правовых нормах этой отрасли и направлены на дополнительную защиту интересов сторон соответствующих правоотношений.

Активная динамика в публично-правовой и частноправовой сферах может обуславливать и «перетекание» источника права из одной области регулирования общественных отношений в другую. Например, договорная форма регулирования отношений, бесспорно характерная для частного права, в последнее время получила широкое распространение в рамках регламентации публичных отношений. Несмотря на это, место договоров среди источников публичного права на сегодняшний день однозначно не определено. Одним из ключевых отличий договоров публичного права от частноправовых является субъект. Для публичной сферы это только некоммерческие организации (государство, его органы), для частного права – физические, юридические лица, коммерческие организации².

В настоящее время наблюдается постепенное распространение влияния нормативного правового договора как источника права на публично-правовую сферу как одну из наиболее «мягких» и приемлемых для государственных органов и населения форм права в период продолжающейся демократизации общества, а также широких возможностей по установлению правовых норм для регулирования взаимных отношений между субъектами.

¹ Миронова И.Н. Указ. соч. С. 16.

² Кривошеев Е.В. Договоры как источники публичного права // Правовая парадигма. 2018. Т. 17. № 1. С. 75.

Несмотря на дискуссионный характер использования договора как источника права в публично-правой сфере на общегосударственном уровне, в международной плоскости это не вызывает такую полемику. Как известно, международные правовые договоры в подавляющем большинстве случаев относятся к сфере публичного права и являются его источниками.

Что касается ситуации, сложившейся в правовой системе Российской Федерации, она неоднозначная. Дело в том, что международный договор, согласно положениям ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, является составной частью российской правовой системы. Детализация данного положения изложена в соответствующем федеральном законе¹, согласно которому (ст. 2 ФЗ «О международных договорах Российской Федерации») международный договор Российской Федерации есть международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами), с международной организацией либо с иным образованием, обладающим правом заключать международные договоры, в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования. В понятие «международная организация», в соответствии с интерпретацией рассматриваемого нормативного правового акта, включаются межгосударственные и межправительственные организации.

Кроме того, ст. 3 рассматриваемого Федерального закона закреплена классификация международных договоров Российской Федерации, которые подразделяются на межгосударственные, межправительственные и договоры межведомственного характера.

В отношении внутригосударственных нормативных договоров следует подчеркнуть, что они, бесспорно, являются источниками публичного права, о чем напрямую свидетельствуют положения Конституции РФ (ч. 3 ст. 11, ч. 4. ст. 66, ч. 1 ст. 69, п. «в», ч. 2 ст. 125, а также заключительные и переходные положения).

¹ О международных договорах Российской Федерации: федер. закон от 15.07.1995 № 101-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

Помимо нормативных правовых актов и нормативных договоров, к источникам публичного права также можно отнести правовой обычай. Однако исследователи отмечают, что в публичном праве данный источник представляет собой недостаточно изученную правовую категорию, что является причиной его недооценки либо игнорирования. При этом положения Конституции РФ создают предпосылки для формирования и применения правовых обычаев, закрепляя положения о признании человека, его прав и свобод высшей ценностью (ст. 2), о том, что многонациональный народ является носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации (ч. 1 ст. 3), об осуществлении в городских, сельских поселениях и на других территориях местного самоуправления с учетом исторических и иных местных традиций (ч. 1 ст. 131)¹. Помимо этого, правовой обычай как источник публичного права отражается не только в Конституции РФ, но и на уровне уставов и конституций субъектов Федерации с последующей детализацией в законодательных актах федерального и регионального значения.

В целом правильным, на наш взгляд, будет поддержать позицию исследователей, которые под правовым обычаем как источником публичного права понимают форму объективации общественно значимой социальной нормы, не выраженной в письменном документе, сформированной в результате сознательной совместной деятельности группы людей, объединенных по какому-либо признаку, многократно применяемой в течение более или менее длительного отрезка времени, формально легитимированной, в силу чего охраняемой мерами государственного принуждения, регулирующей посредством императивного метода общественные отношения, реализующие публичный интерес².

Обычай как источник публичного права, несмотря на значительные изменения в данной сфере на протяжении последнего времени и превалирование нормативных правовых актов и правовых договоров (национального и международного характера), все же не утрачивает своего значения и позволяет сохранить самобытность и национальные традиции во взаимоотношениях между субъектами права.

¹ Миронова И.Н. Указ. соч. С. 3.

² Там же. С. 14.

4. Частное право и его источники

Источники частного, равно как и публичного, права, имеют свою специфику. Своеобразными объединяющими элементами в обеих системах могут служить нормативный правовой акт, правовой обычай, нормативный правовой договор, которые имеют свои особенности. В отечественном юридическом дискурсе сохраняются некоторые споры по поводу того, следует ли к перечисленным источникам права добавлять такие источники российского частного права, как судебный прецедент, судебная практика, правовой обычай, обычай делового оборота, деловые обыкновения, заведенный порядок, частноправовая доктрина, основные начала (принципы) российского частного права¹. Не все из перечисленных источников права (нередко их именуют «квазиисточниками», «условными источниками», «нетипичными источниками») официально признаны и имеют юридическую силу; некоторые носят в большей степени вспомогательный характер.

Отдельные споры в специализированной литературе вызывает доктринальная позиция, касающаяся юридической силы актов высших судебных органов (постановлений пленумов Верховного Суда РФ), обобщающих решения судов нижестоящих инстанций по гражданским делам. Вместе с тем не утрачивает своего значения и вопрос о том, являются ли источниками гражданского права решения судов первой инстанции².

В качестве характерных свойств нетипичных источников права частноправовой сферы в исследованиях отмечается субсидиарный и подзаконный характер их применения, отсутствие четких процедур формирования и традиционной принадлежности к национально-правовой системе государств, неофициальность выраженных в данных правовых источниках юридических норм³.

Указанная ситуация связана еще и с тем, что роль частного права в недалеком советском прошлом имела второстепенное

¹ Храмов Д.В. Нетрадиционные источники российского частного права: общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. С. 11.

² Разуваев Н.В., Черноков А.Э., Честнов И.Л. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы. СПб.: ИВЭСЭП, 2011. С. 113–114.

³ Бухалов А.В. Договор как источник частного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2011. С. 17.

значение. Фактически единственной областью, где действовавшее советское гражданское право выступало как частное право, была внешнеэкономическая деятельность, в которой оно применялось к договорным отношениям с иностранным элементом в силу коллизионных норм. Однако эта практика по своему объему, конечно, не могла сформировать эмпирический материал, достаточный для исследований частноправовых аспектов отечественного гражданского права¹.

В связи с этим вполне логичными выглядят выводы ряда исследователей о том, что смена социально-экономической формации, активно начавшаяся в конце XX в. в России, естественным образом обусловила необходимость скорейшего приведения национальной правовой системы в соответствие принципам, которые отвечали бы провозглашенной либеральной концепции развития общества. Естественно, что одним из ключевых направлений проводимых трансформаций стало активное возрождение частного права, являющегося по опыту развития мировой цивилизации важнейшей предпосылкой реализации идеалов, утверждающих свободу и права личности². Подобные преобразования потребовали принятия решений на самом высшем уровне, их правового закрепления и четкого алгоритма реализации. В связи с этим уже в 1994 г. была утверждена программа становления и развития частного права в России³.

Беспрецедентный в то время по своему характеру документ был направлен на возрождение и развитие научной школы частного права в России. Это относилось и к подготовке законодательных основ частноправовых отношений, способствовало широкому распространению достижений частноправовой мысли, подготовке специалистов в области частного права и сближению частного права государств – участников Содружества Независимых Государств. Приоритет среди всех форм права в частноправовых отношениях отдавался нормативным правовым актам, что не

¹ Комарова А.С. Гражданский кодекс России как источник частного права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: сб. ст., посвященный 70-летию С.А. Хохлова / сост.: С.А. Степанов, О.Ю. Шиловост; отв. ред. С.С. Алексеев. М.: Статут, 2011. С. 116.

² Там же. С. 106.

³ О программе «Становление и развитие частного права в России»: указ Президента РФ от 07.07.1994 № 1473 // Собр. законодательства РФ. 1994. № 11. Ст. 1191.

удивительно с учетом преемственности государственно-правового развития и принадлежности отечественной правовой системы к романо-германской правовой семье.

Авторы упомянутого программного документа обозначили преемственность в качестве одного из направлений развития частного права, небезосновательно включив в текст тезис следующего содержания: «В России до 1917 года сформировалась одна из лучших в мире цивилистических школ. Традиции этой школы не были сломаны и в советский период. Работы российских цивилистов последнего столетия не потеряли научного и образовательного значения и сегодня. Достаточно широкий доступ к ним, однако, ограничен, так как соответствующие издания стали раритетами. Элементом современной частноправовой культуры научные и практические разработки выдающихся российских цивилистов станут при их переиздании»¹.

Во втором разделе Программы «Создание законодательных основ частноправовых отношений» разработчики специально обратили внимание на тот факт, что частное право в России, исходя из отечественных исторических правовых традиций, должно иметь в качестве своего основного источника Гражданский кодекс РФ и принятые в соответствии с ним другие акты гражданского законодательства.

Утвержденная Указом Президента РФ программа «Становление и развитие частного права в России» одновременно содержала положения об обеспечении подготовки вводных комментариев к вновь принимаемым актам гражданского законодательства, о переиздании трудов ведущих цивилистов России, о переводе и издании основных актов зарубежного частного права. Это свидетельствует о признании правовой доктрины в качестве одного из неотъемлемых источников частного права (огромная издательская работа в этом направлении может быть признана успешной; современный юридический дискурс изобилует переизданными работами великих цивилистов, что однозначно следует признать прорывным фактором в развитии частного права и подходов к обучению будущих специалистов в этой области).

¹ О программе «Становление и развитие частного права в России»: указ Президента РФ от 07.07.1994 № 1473 // Собр. законодательства РФ. 1994. № 11. Ст. 1191.

Именно в сфере частного права становится ярко заметной та связь, которая существует между доктринальными и законодательными (формально-юридическими) основами развития частного права в нашей стране, в отечественном правоведении. Основу развития частноправовой сферы в России составляют, помимо прочего, и принципы частного права: независимости и автономии личности, признания и защиты частной собственности, свободы договора.

В целом необходимо отметить, что эволюция источников права в прошлом, в том числе источников частноправового характера, за последние тысячелетия особенно заметна. Развитие этих источников продолжается и в настоящее время, тем более что сначала глобализация, а теперь попытка России переломить тренд на установление однополярного мира вносят в эту сферу свои коррективы. Главным образом это касается пересмотра устоявшихся доктринальных положений относительно источников права, выработанных юристами древнего мира, а также политико-правового наследства Нового и Новейшего времени.

Основой развития современных национальных систем кодифицированного права выступает рецепция римского частного права. В целом совокупность норм, обозначавшихся в Римской империи термином «частное право», обеспечивала правовую регламентацию отношений без непосредственного участия государства. Круг данных отношений достаточно широк и связан в первую очередь с удовлетворением интересов частных лиц вне интересов публичной власти. В связи с этим закономерно, что на определенном историческом этапе возникла потребность регламентировать частноправовые отношения на основе приоритета автономии воли и свободы договора. В последствии в силу особенностей субъектного состава частноправовых отношений естественным стало именовать их также «гражданским правом», акцентируя внимание на предмете регулирования, участниках данных отношений – свободных субъектах права, гражданах¹.

¹ Комарова А.С. Гражданский кодекс России как источник частного права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: сб. ст., посвященный 70-летию С.А. Хохлова / сост.: С.А. Степанов, О.Ю. Шиловост; отв. ред. С.С. Алексеев. М.: Статут, 2011. С. 111.

Под источником частного права в литературе предлагается понимать внешнюю форму его существования, а именно исходящий от государства или признаваемый им официально документальный способ выражения и закрепления правил поведения физических и юридических лиц как участников гражданского оборота, при помощи которого им придается юридически общеобязательное, государственно-обеспеченное значение¹.

В качестве основного источника частного права выступает нормативный правовой акт, который в зависимости от его иерархии во всей системе законодательства имеет различную юридическую силу. Например, наиболее фундаментальные аспекты, касающиеся частноправовых отношений, регулируются с помощью конституционно-правовых норм (ст. 8, 34–36, 44 Конституции РФ), а также принимаемых на их основе конституционных законов.

В отношении обычных законодательных актов в рассматриваемом контексте важно отметить ключевую роль кодифицированных нормативных актов (Гражданский, Трудовой и Семейный кодексы). Наиболее фундаментальное значение среди них, безусловно, имеет Гражданский кодекс РФ, который выступает как источник первичных норм для остальных отраслей частного права (ст. 4, 5 Семейного кодекса РФ)².

Интересными являются проблема определения юридической силы кодифицированных актов как источников регулирования частноправовых отношений, а также вопрос о соотношении таких актов с иными нормативными установлениями. Например, согласно ст. 5 Трудового кодекса РФ³ нормы трудового права, содержащиеся в иных законах, должны соответствовать данному кодексу. Там же отмечается, что в случае противоречий между указанным кодифицированным актом и иными федеральными законами, содержащими нормы трудового права, применяется Трудовой кодекс РФ. В дополнении указано: «Если вновь принятый федеральный закон противоречит настоящему Кодексу, то этот федеральный закон применяется при условии внесения соответ-

¹ Ерофеева Д.В. Источники частного права: проблемы истории и теории права // Ученые труды российской академии адвокатуры и нотариата. 2013. № 1(28). С. 58.

² Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

³ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2002. № 1. Ст. 3 (Ч. 1).

ствующих изменений и дополнений в настоящий Кодекс». Довольно схожие положения содержатся и в ст. 3 Гражданского кодекса РФ¹.

Нормативный правовой акт, бесспорно, является наиболее приоритетным из источников частного права, хотя в науке закономерно указывается на возможность регулирования отношений в сфере гражданского оборота на основе положений, закрепленных в международных договорах, на возможность применения обычая, использования правовых принципов как источников права.

Д.В. Ерофеева и Р.В. Шагиева отмечают, что общей чертой иных источников частного права является то, что содержащиеся в них юридические правила поведения сформулированы не конкретным правотворческим органом государственной власти, а выработаны иным образом и лишь за тем официально санкционированы государством, благодаря чему эти правила поведения возводятся во всеобщий ранг. В свою очередь, исследователями предлагается именовать их соответствующим образом – санкционированные источники².

Например, использование обычая прямо предусмотрено положениями Гражданского кодекса РФ (ст. 5), где раскрывается дефиниция данного источника права – сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. При этом зафиксировано, что обычаи не должны противоречить обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, а в случае наличия такого факта они не применяются.

Относительно нормативного правового договора как источника частного права подчеркнем, что он в последнее время приобретает все более широкое распространение. Дискуссии в основном ведутся по поводу того, относится ли данный вид договоров, свойственных для гражданско-правовых и смежных отношений, к источникам права в силу их довольно специфических свойств и

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ. Часть первая // Собр. законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

² Ерофеева Д.В., Шагиева Р.В. Источники частного права: проблемы теоретического обоснования и практика их совершенствования в России // Государство и право. 2013. № 10. С. 25–26.

наличия норм, которые не выходят за регулируемые договором отношения между субъектами. Например, в качестве договорных источников трудового права выделяют коллективный договор и соглашение. Помимо этого, на основе анализа литературы исследователи отмечают принадлежность нормативного договора к числу источников гражданского права, в частности публичным договорам. В связи с этим делается вывод об отнесении к числу нормативных договоров, помимо указанных, еще и концессионных, инвестиционных соглашений, рамочного договора. В то же время отмечается и возрастающая роль договорных (нормативных правовых) начал в трудовом праве¹.

Вместе с тем правоведы довольно сдержанно относятся к договорам с нормативным содержанием в качестве источников трудового права. Даже с учетом закрепления их статуса действующим законодательством в качестве коллективных договоров и локальных актов, это приводит, как указывают Н.В. Разуваев, А.Э. Черноков и И.Л. Честнов, к подрыву сложившихся теоретических представлений в силу их довольно специфического характера². В то же время исследователи справедливо отмечают, что наличие в договоре индивидуальных норм порождает представление об отнесении индивидуального договора к категории источника права.

Вместе с тем делается предостережение, что это, по сути, есть нетипичный источник права, отличный от нормативного правового акта, нормативного договора и других типичных для российской правовой системы источников. Например, для частноправовых отношений в качестве договорных источников приводятся гражданско-правовой договор, брачный и трудовой договор³. Таким образом, одним из вариантов отнесения отдельных источников права к частноправовой сфере является их выделение в качестве нетипичных, что отчасти решает проблему отсутствия классических признаков для данных правовых категорий в силу их особых свойств.

¹ Злобин А.В. Формы права в современной России // *Lex russica* (русский закон). 2018. № 4(137). С. 28.

² Разуваев Н.В., Черноков А.Э., Честнов И.Л. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы. СПб.: ИВЭСЭП, 2011. С. 117–118.

³ Бухалов А.В. Договор как источник частного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2011. С. 16–17.

Заключение

Подводя итоги рассмотрения разнообразных форм права, отметим, что их анализ в сравнительно-правовой ретроспективе позволяет с уверенностью утверждать сложное и неоднозначное понимание указанной юридической категории. Изучение источников права Древнего Востока, Античности, обращение к источникам права романо-германской и англосаксонской правовых систем, мусульманского права снимает кажущуюся на первый взгляд легкость в уяснении содержания данной сложной правовой категории. Примечательно, что такая ситуация свойственна не только для отечественной, но и для зарубежной юридической теории и практики.

Источники (формы) права, выступая центральной категорией общей теории права, не утрачивают своего значения на протяжении тысячелетий и остаются одним из ключевых элементов всей правовой системы вне зависимости от ее национальной принадлежности, статуса, доминирования традиций или прогрессивных веяний.

Широкое разнообразие источников права, их многогранная компоновка, риски утраты юридической силы (со стороны публичных органов власти) или, наоборот, доминирование определенной формы права свидетельствуют о довольно высокой гибкости рассматриваемого правового феномена, его широких юридических возможностях вне зависимости от социально-экономических и политических преобразований. В связи с этим для различных национальных правовых систем свойственна постоянная смена приоритета в тех или иных источниках права.

В целом необходимо понимать, что формы права представляют собой внешнее выражение права и одновременно являются истоками правовых норм, поэтому наиболее оптимальным вариантом является их понимание как источников (форм) права. Хотя, как свидетельствует изложенный учебный материал, существуют приверженцы различных точек зрения, которые акцентируют внимание либо на формах права, либо на его источниках.

В современных условиях в большинстве государств можно отметить доминирующее влияние в качестве источника права

нормативного правового акта, который является наиболее универсальной формой, отражающей ключевые аспекты общественных отношений, подлежащих регламентации и регулированию. Однако в историческом ракурсе наиболее ранней формой права был правовой обычай, который впоследствии способствовал возникновению иных форм права (он нередко служил базой для составления нормативных актов, сборников правовых норм, как, например, в Англии, где обычаи способствовали выработке судебного прецедента в качестве источника права). Из наиболее заметных в эпоху Древнего мира можно назвать такие правовые памятники, как Законы Хаммурапи, Законы XII таблиц, Законы Ману и др.

Значительное разнообразие форм права позволяет реализовывать широкие возможности по установлению наиболее оптимального варианта их сочетания в национальных правовых системах, определять иерархию, степень присущей им юридической силы, тот или иной характер применения. Например, в романо-германской правовой семье в качестве источника (формы) права доминируют нормативный правовой акт, нормативный договор и правовой обычай; в англосаксонской – судебный прецедент, правовой акт, роль которого в последнее время возрастает, и правовой обычай; для мусульманской правовой семьи ключевыми являются религиозные тексты. В свою очередь, наблюдается использование иных источников права (правовая доктрина, судебная практика), которые, хотя и не признаются в качестве официальных, фактически применяются в юридической деятельности и правоприменительной практике в качестве вспомогательного материала, позволяющего более оптимально подходить к разрешению тех или иных проблем в области социального регулирования.

В настоящее время, как отмечено в завершающей части учебного пособия, становится весьма актуальным разрешение вопросов, касающихся источников (форм) права и характерных для публичной и частной правовых сфер. В большинстве случаев это связано с наличием объективных потребностей в использовании менее активно применяющихся форм права (квазиисточников, нетрадиционных источников) для его отдельных отраслей.

Помимо этого, можно отметить возрастающую роль нормативных договоров в сфере публичных отношений, которые, благодаря широким возможностям установления сторонами своих

прав и обязанностей, являются одним из наиболее оптимальных вариантов согласования интересов государственных и коммерческих организаций, органов публичной власти различного уровня и статуса. В свою очередь, частноправовая сфера отличается повышенным уровнем потребности в использовании всего комплекса имеющихся форм (источников) права, что позволяет реализовывать более гибкий подход в защите прав, свобод и законных интересов сторон правоотношений, в выборе оптимальной модели поведения.

Глубокое уяснение основных разделов настоящего учебного пособия позволит обучающимся и всем интересующимся вопросами и проблемами источников (форм) права разобраться в их содержании, признаках, юридической силе, взаимосвязи, будет способствовать приобретению навыка классификации источников права. В учебном пособии довольно подробно раскрыты причины и особенности генезиса и эволюции основных источников права, рассмотрены ключевые этапы распространения различных форм права в основных правовых системах современности, проанализированы причины доминирования тех или иных источников в рамках конкретных национальных правовых систем. Это представляется важным именно сегодня, в период изменяющегося геополитического ландшафта, постоянно повышающегося уровня рискогенности современного информационного общества.

В качестве побуждения к активной мыслительной и научной деятельности в рамках изложения учебного материала в пособии акцентировано внимание на ключевых проблемах развития источников (форм) права, стоящих перед правоведами, которые требуют своего разрешения. Полагаем, что дискуссионный характер представленного материала, освещение различных точек зрения, связанных с источниками (формами) права, обеспечат высокий уровень восприятия и усвоения изложенной проблематики, позволит каждому найти ответы на возникающие вопросы.

Литература

1. Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с изм., одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020). URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 04.07.2020).
2. Гражданский кодекс Российской Федерации от 26.01.1996 № 14-ФЗ. Часть вторая // Рос. газ. 1996. 10 февр.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ. Часть первая // Собр. законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.
4. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 16.
5. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2002. № 1. Ст. 3 (Ч. 1).
6. О международных договорах Российской Федерации: федер. закон от 15.07.1995 № 101-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.
7. О программе «Становление и развитие частного права в России»: указ Президента РФ от 07.07.1994 № 1473 // Собр. законодательства РФ. 1994. № 11. Ст. 1191.
8. The Judicial House of lords, 1876–2009 / ed. by Louis Blom-Cooper, Brice Dickson a. Gavin Drewry. Oxford: Oxford univ. press, 2009. 820 p.
9. The Swiss Civil code of December 10, 1907 (effective January 1, 1912). Boston, The Boston book company, 1915. 262 p.
10. Антология мировой правовой мысли. В 5 т. Т. II. Европа: V–XVII вв. М.: Мысль, 1999. 829 с.
11. Артхашастра, или Наука политики / пер. с санскрита; изд. подг. В.И. Кальянов; ред. комис.: В.В. Струве (отв. ред.) и др. М.; Ленинград: Изд-во Акад. наук СССР, 1959. 793 с.
12. Белогруд Н.Е. Римское право: источники, история, институции. Киев, 1894. 220 с.
13. Бернам У. Правовая система США / науч. ред. В.А. Влашихин; пер. с англ. А.В. Александрова и др. М.: Новая юстиция, 2006. Вып. 3. 1216 с.

14. Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права»: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. 338 с.
15. Боголепов Н.П. Учебник истории римского права / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2004. 568 с.
16. Болгова В.В. Источники исламского права: некоторые проблемы исследования системы // *European science*. 2015. № 5(6). С. 23–27.
17. Боронбеков С. Основные ценности ислама – объекты охраны шариата // *Государство и право*. 2003. № 2. С. 92–100.
18. Бухалов А.В. Договор как источник частного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2011. 24 с.
19. Всеобщая история государства и права: учеб. для вузов: в 2 т. Т. 1. Древний мир и средние века / под ред. В.А. Томсинова. М.: Зерцало-М, 2011. 640 с.
20. Батыр К.И., Филиппова Т.П., Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права: учеб. / под ред. К.И. Батыра. М.: Былина, 1996. 415 с.
21. Гай. Институции: Кн. 1–4 / пер. с лат. Ф. Дыдынского; под ред. (и с введ.) Л.Л. Кофанова, В.А. Савельева. М.: Юристъ, 1997. 361 с.
22. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. СПб.: тип. М.М. Стасюлевича, 1911. Т. 1. 780 с.
23. Графский В.Г. Всеобщая история права и государства: учеб. для вузов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2007. 752 с.
24. Давид Р.Д. Основные правовые системы современности / пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. 496 с.
25. Дигесты Юстиниана 2-е изд., испр. / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2008. Т. 1. 584 с.
26. Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М., 2011. 160 с.
27. Ерофеева Д.В., Шагиева Р.В. Источники права: от римской правовой традиции до современности. Калуга: Полиграф-Информ, 2010. 112 с.
28. Ерофеева Д.В. Источники частного права: проблемы истории и теории права // *Ученые труды российской академии адвокатуры и нотариата*. 2013. № 1(28). С. 55–58.

29. Ерофеева Д.В., Шагиева Р.В. Источники частного права: проблемы теоретического обоснования и практика их совершенствования в России // Государство и право. 2013. № 10. С. 23–31.
30. Зивс С.Л. Источники права. М.: Наука, 1981. 239 с.
31. Злобин А.В. Формы права в современной России // *Lex russica* (русский закон). 2018. № 4(137). С. 23–36.
32. Иерархия и координация источников права: теоретические и сравнительные аспекты / под ред. А.А. Васильева. Барнаул: Изд-во Алт. ун-та, 2023. 396 с.
33. Иванов В.В. К вопросу об общей теории договора // Государство и право. 2000. № 12. С. 73–79.
34. Имашева Г.К. История возникновения и развития нормативного договора в правовой системе России // Наука и практика. 2021. № 4(61). С. 173–176.
35. Иногамова-Хегай Л.В. Источники международного уголовного права // *Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры в практике конституционного правосудия: материалы Всерос. совещ. (Москва, 24 дек. 2002 г.)* / редкол.: М. А. Митюков и др. М.: Междунар. отношения, 2004 (ГУП ИПК Ульян. Дом печати). 536 с.
36. Институты Гая = *Gai Institutionum commentarii quattuor* / пер. с лат., ком.; под общ. ред. Д.В. Дождева. М.: Статут, 2020. 384 с.
37. Прудников М.Н. История государства и права зарубежных стран: учеб. для бакалавров 6-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2013. 811 с.
38. История государства и права зарубежных стран: учеб. для вузов: в 2 ч. / под общ. ред. О.А. Жидкова и Н.А. Крашенинниковой. 2-е изд., стер. М.: Норма, 2004. Ч. 1. 624 с.
39. Каждан Д.И. Некоторые проблемы развития системы источников публичного права // Правовое регулирование деятельности хозяйствующего субъекта: материалы 7-й Междунар. науч.-практ. конф. «Проблемы развития предприятий: теория и практика» (27–28 ноября, Самара) / редкол.: А.Е. Пилецкий (отв. ред.) и др. Ч.3 Самара, 2008. 248 с.
40. Каждан Д.И. Теоретические проблемы определения понятия публичного права / под ред. В.В. Болговой. Самара: Самарское отделение Лит. фонда, 2009. 19 с.

41. Каждан Д.И. Формирование и развитие источников публичного права: проблемы теории и методологии: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Краснодар, 2010. 18 с.
42. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права: учеб. пособие. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2015. 304 с.
43. Кашанина Т.В. Эволюция форм права // *Lex russica* (русский закон). 2011. Т. 70. № 1. С. 34–53.
44. Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // *Ученые записки: Труды юридического факультета*. 1946. Вып. 116. Кн. 2. С. 3–25.
45. Комарова А.С. Гражданский кодекс России как источник частного права // *Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: сб. ст., посвященный 70-летию С. А. Хохлова / сост.: С.А. Степанов, О.Ю. Шилов; отв. ред. С.С. Алексеев*. М.: Статут, 2011. 366 с.
46. Кривошеев Е.В. Договоры как источники публичного права // *Правовая парадигма*. 2018. Т. 17. № 1. С. 74–78.
47. Кросс Р. Прецедент в английском праве. М.: Юрид. лит., 1985. 238 с.
48. Кудинов О.А. Комментарии к источникам римского права. М.: Дашков и К°, 2012. 344 с.
49. Ливий Тит. Римская история от основания города: в 6 т. / пер. с латин. под ред. (и предисл.) П. Адрианова. Т. 1. Книги I–V. 2-е изд. М.: Тип. Е. Гербек, 1897. 504 с.
50. Лукич Р. Методология права / пер. с сербско-хорв. В.М. Кулистикова. М.: Прогресс, 1981. 304 с.
51. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2015. 768 с.
52. Марченко М.Н. Теория государства и права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2018. 656 с.
53. Машкин Н.А. История древнего Рима / отв. ред. А.Г. Бокщаниню. М.: Государственное издательство политической литературы, 1956. 612 с.
54. Миронова И.Н. Правовой обычай как источник современного российского публичного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 26 с.

55. Мухаев Р.Т. Теория государства и права: учеб. для вузов. М.: ПРИОР, 2002. 464 с.
56. Недилько Ю.В. Толкование обычаев как один из факторов формирования средневекового английского позитивного права // Ленинградский юридический журнал. 2017. № 3(49). С. 52–61.
57. Нечитайло М.А. Нормативный договор как источник права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. 16 с.
58. Новицкий И.Б. Римское право: учеб. для вузов. М.: ЗЕРЦАЛО-М, 2003. 256 с.
59. Любашиц В.Я., Мордовцев А.Ю., Мамычев А.Ю., Апольский Е.А. Общая теория права: классические и современные вопросы: учеб. М.: Юрлитинформ, 2021. 456 с.
60. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1910. Вып. 1. 805 с.
61. Оксамытный В.В. Общая теория государства и права: учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция». М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. 511 с.
62. Организация объединенных наций. Устав организации Объединенных наций и Статут Международного суда. М.: Гос. изд-во полит. лит., 1945. 60 с.
63. Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: общая и особенная части. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Акад. нар. хоз-ва при Правительстве РФ: Дело, 2002. 463 с.
64. Памятники истории Англии XI–XIII вв. / пер. и введ. Д.М. Петрушевского. М.: Соцэкгиз, 1936. 238 с.
65. Покровский И.А. История римского права / вступит. ст., перев. с лат. и коммент. А.Д. Рудокваса. СПб.: Летний Сад, 1998. 560 с.
66. Пономаренко В.А. Правовой обычай в системе источников права // Правовая политика и правовая жизнь. 2009. № 3. С. 44–54.
67. Попова И.А. Источники мусульманского права // Бизнес в законе. 2009. № 4. С. 60–61.
68. Проблемы теории государства и права: учеб. / под ред. В.М. Сырых. М.: Эксмо, 2008. 528 с.
69. Радько Т.Н. Теория государства и права: учеб. для бакалавров. М.: Проспект, 2014.
70. Разуваев Н.В., Черноков А.Э., Честнов И.Л. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы. СПб.: ИВЭСЭП, 2011. 172 с.

71. Рассказов Л.П. Романо-германская правовая семья: генезис, основные черты и важнейшие источники // Юристъ-Правоведъ. 2014. № 5(66). С. 12–16.
72. Рассказов Л.П. Теория государства и права: углубленный курс: учеб. М.: РИОР: ИНФРА-М, 2015. 559 с.
73. Романов А.К. Право и правовая система Великобритании: учеб. пособие. М.: ФОРУМ, 2014. 288 с.
74. Садохина Н.Е. Нормативный договор как источник современного российского права // Правовая политика и правовая жизнь. 2009. № 3. С. 133–139.
75. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учеб. / под ред. В.А. Туманова. М.: Юристъ, 2003. 448 с.
76. Сиваракша И.В. Римское частное право: учеб. пособие. Оренбург, 2010. 150 с.
77. Скакун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс): учеб. Харьков: Эспада, 2007. 840 с.
78. Соколов Н.Я., Федорченко А.А. Шагиева Р.В. Теория государства и права: учеб. / отв. ред. Р.В. Шагиева. М.: Проспект, 2019. 520 с.
79. Сюкияйнен Л.Р. Исламское право и диалог культур в современном. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2021. 684 с.
80. Пиголкин А.С., Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А., Саидов А.Х. Теория государства и права: учеб. / под ред. А.С. Пиголкина. М.: Юрайт-Издат, 2006. 613 с.
81. Теория государства и права: учеб. / под ред. А.В. Петришина. Харьков: «Право», 2015. 368 с.
82. Теория государства и права: учеб. / под ред. А.А. Клишаса. М.: Статут, 2019. 512 с.
83. Теория государства и права: учеб. пособие / под ред. А.В. Юрковского. Иркутск: Иркутский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры РФ, 2016. 620 с.
84. Томсинов В.А. Юриспруденция в духовной культуре древнего и средневекового общества: (историко-сравнительное юридическое исследование): дис. ... д-ра юрид. Гродно, 1993. 352 с.
85. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. М.: Т-во скоропеч. А.А. Левенсон, 1908. 224 с.

86. Храмов Д.В. Нетрадиционные источники российского частного права: общетеоретический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. 26 с.

87. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / под ред. З.М. Черниловского. М.: Юрид. лит., 1984. 472 с.

88. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: в 2 т. / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1: Древний мир и Средние века; сост. О.Л. Лысенко, Е.Н. Трикоз. М.: Норма, 2010. 816 с.

89. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран: учеб. пособие: в 2 т. / под ред. К.И. Батыра и Е.В. Поликарповой. М.: Проспект, 2015. Т.1. 392 с.

90. Хрестоматия по истории древнего мира: в 3 т. Т. 1: Древний Восток / под ред. В.В. Струве. М.: Учпедгиз, 1950. 358 с.

91. Хрестоматия по истории древнего мира: в 3 т. Т. 2: Греция и эллинизм / под ред. В.В. Струве. М.: Учпедгиз, 1951. 336 с.

92. Хрестоматия по истории Древнерусского Государства: учеб. пособие / сост. В.С. Елагин. Новосибирск: Изд. НГПУ, 2009. 264 с.

93. Хрестоматия по истории русского права. 5-е изд. / сост. М.Ф. Владимирский-Буданов. СПб.; Киев: Н.Я. Оглобин, 1899. Вып. 1. 265 с.

94. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное право-ведение в сфере частного права: в 2-х т. Т. 1. Основы / пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 2000. 480 с.

95. Чашников В.А., Старикова О.Н. Правовая доктрина как источник права (историко-юридический аспект) // Историография истории политических и правовых учений. Теоретические, методологические и исследовательские проблемы: материалы круглого стола (Екатеринбург, 19 декабря 2020 г.). Екатеринбург, 2020. С. 79–82.

96. Чижов Н.Е. Источник и формы права. Варшава: тип. И. Носковского, 1878. 256 с.

97. Шебанов А.Ф. Форма советского права. М.: Юрид. лит., 1968. 212 с.

98. Якубенко К.Ю. К вопросу о понятии и источниках мусульманского права // Сибирский юридический вестник. 2007. № 4(39). С. 7–15.

99. Constitutional Reform Act 2005. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/enacted/data.pdf>

Оглавление

Введение.....	3
1. Форма права: понятие и общая характеристика...	5
2. Формы (источники) права в сравнительно- правовой ретроспективе.....	44
2.1. Источники права Древнего Востока.....	44
2.2. Общая характеристика источников права Античности.....	49
2.3. Источники права романо-германской правовой системы.....	61
2.4. Англосаксонская правовая система: сущность и источники.....	68
2.5. Мусульманское право: структура и источники....	88
3. Формы права в публично-правовой сфере.....	95
4. Частное право и его источники.....	102
Заключение.....	109
Литература.....	112

Учебное издание

Карнаушенко Леонид Владимирович

ФОРМЫ ПРАВА

Учебное пособие

Редактор *Э. В. Абрамкина*

Компьютерная верстка *С. В. Коноваловой*

ISBN 978-5-9266-2079-2



Подписано в печать 31.07.2024. Формат 60x84 1/16.
Усл. печ. л. 7,0. Тираж 100 экз. Заказ 267.

Краснодарский университет МВД России.
350005, г. Краснодар, ул. Ярославская, 128.