

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ КАЗЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ
УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«МОСКОВСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ИМЕНИ В.Я. КИКОТЯ»

А. Ю. Гарашко

**СИСТЕМНЫЕ СВОЙСТВА КАК СУЩНОСТНЫЕ
ХАРАКТЕРИСТИКИ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА**

Монография

Москва
2017

ББК 67

Г20

Гарашко, А. Ю.

Системные свойства как сущностные характеристики источников права : монография / А. Ю. Гарашко. – Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя, 2017. – 140 с. – ISBN 978-5-9694-0389-5.

В данной монографии рассматриваются теоретико-правовые особенности применения системного метода познания к исследованию одной из базовых для юридической науки категорий – источник права.

Данный вопрос в силу объективных и субъективных факторов длительное время находился на периферии научного поиска. Конвенциональная позиция ученых о системе источников права основывалась исключительно на констатации иерархичного построения нормативных правовых актов Российской Федерации. Между тем использование принципов системной методологии как способ познания в рамках современной научной парадигмы позволит рассмотреть систему источников права как целостное сложное образование, состоящее из множества различных элементов, взаимосвязанных на основе многообразия системных, структурных и функциональных связей.

Монография предназначена для научных работников, преподавателей, соискателей, аспирантов, слушателей и студентов юридических вузов и факультетов, а также для всех интересующихся проблемами развития источников современного права. Представляет интерес для ученых, преподавателей, курсантов и студентов юридических вузов, практических работников Министерства внутренних дел Российской Федерации и Следственного комитета Российской Федерации.

ББК 67

Рецензенты: доцент кафедры государственно-правовых дисциплин ОрЮИ МВД России имени В.В. Лукьянова кандидат юридических наук, доцент полковник полиции **О. В. Беляева**; заместитель начальника кафедры ГосПД Бел ЮИ МВД России имени И.Д. Путилина кандидат юридических наук, доцент полковник полиции **В. А. Лысенко**.

ISBN 978-5-9694-0389-5

© Московский университет
МВД России имени В.Я. Кикотя, 2017
© Гарашко А. Ю., 2017

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	4
Глава 1. Методологические предпосылки исследования системных свойств источников права.....	7
1.1. Применение системной методологии в исследовании источников права.....	7
1.2. Основные характеристики источников позитивного права в ракурсе системно-структурного анализа.....	25
1.3. Системное позиционирование универсальных источников права.....	41
1.4. Системные особенности источников обычного, международного и государственного права.....	50
Глава 2. Системные свойства источников права в контексте социально-культурологического анализа.....	73
2.1. Системные особенности источников права в романо-германской и англо-американской правовых семьях.....	73
2.2. Отечественная правовая система с точки зрения системного своеобразия источников права.....	88
2.3. Возможности имплементации в российскую правовую систему источников права других правовых систем.....	99
Заключение.....	115
Библиографический список.....	118

ВВЕДЕНИЕ

Исследование научных трудов в области современной юриспруденции, затрагивающих вопросы как общетеоретической, так и отраслевой направленности, позволяет констатировать актуальность использования понятия «система источников права». Придавая данному понятию аксиоматическую ценность, ученые не подвергают сомнению фактическое наличие такой системы, что в том числе обусловлено очевидностью зависимости эффективности действия права от системности его содержания и функционирования.

Системный характер традиционно приписывается и отдельным структурным элементам права. Так, нормативные правовые акты в отечественной юридической науке конвенционально рассматриваются как иерархически сформированная система элементов; нормативный массив понимается как внутренне согласованная система, и необходимость сохранения ее внутренней согласованности и непротиворечивости является одним из основных стимулов нормотворческого процесса.

Таким образом, на протяжении длительного времени исследователи ограничивались констатацией наличия системы источников права, не применяя для ее изучения базовых принципов системной методологии: не подвергая анализу системные свойства данных источников, не выявляя системообразующих элементов, не определяя системно-структурные и функциональные связи между частями такой системы.

Между тем вопрос о системности источников права носит не только академический характер, а непосредственно связан с проблемами правоприменения и правотворчества. Выявление новых возможностей влияния на данные процессы в условиях построения правового демократического государства, ориентации законодательной практики на легитимацию государственной власти и оптимизацию связей между государством и гражданским обществом представляется чрезвычайно актуальным.

Анализ особенностей системных свойств источников права имеет значение для исследования всего права как системы и проявляется в следующем.

Во-первых, источник права – это один из основных элементов права; он оказывает влияние практически на все сегменты права, служит непосредственной коммуникационной основой правового взаимодействия людей (именно источники права моделируют струк-

туры различных правоотношений), а соответственно во многом предопределяет и уровень правового развития современного общества.

Во-вторых, анализ системных свойств как сущностных характеристик источников права позволяет дать интерпретацию широчайшему спектру вопросов, касающихся не только природы и понятия источников права, но и самого права в его действительности, возможностей и детерминант рецепции (заимствования) отдельных элементов национальных правовых семей.

В-третьих, система источников права как нельзя лучше характеризует особенности конкретной национальной правовой системы, что выражается в специфике построения системы права последней, приоритетности публичных либо частноправовых начал права, соотношения императивности и диспозитивности норм права и т. д.

В данной работе предложено новое решение вопроса о внутрисистемных связях источников права и их системном влиянии на различные процессы в правовой сфере, в частности, на правотворчество, правоприменение, правообразование и др.

Исследование позволило автору:

1) сфокусировать внимание на источниках права как едином комплексе элементов, обладающем своими уникальными системными особенностями, отличными от черт отдельных сегментов данной целостности;

2) сделать акцент на процессах преобразования свойств элементов, входящих в систему, в свойства системы источников права в целом (синергетическая характеристика источников права);

3) выявить преемственность источников права в истории России, а также определить системные особенности источников права в Российской империи, Советской России и современной России, динамику их развития на системной основе;

4) построить идеальную модель взаимосвязи различных видов и типов источников права;

5) проследить диалектическое развитие сегментов этих целостностей, их расположение относительно друг друга, что, в свою очередь, позволило обосновать наличие в одних случаях системы, а в других – совокупности конкретных источников права;

6) предложить авторские критерии дифференциации источников права с точки зрения системной методологии;

7) выявить основания и перспективы имплементации источников права из одной правовой системы в другую, в том числе в российскую правовую систему;

8) определить особенности воздействия неправовых (политических, социальных, экономических и т. д.) факторов на появление и формирование системы источников права.

Таким образом, в условиях новой научной парадигмы, ставящей во главу угла системно-сетевые особенности и синергетические закономерности, представляется нетривиальным исследование сущностных характеристик источников права именно в контексте системно-структурного анализа.

Г л а в а 1. МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРЕДПОСЫЛКИ ИССЛЕДОВАНИЯ СИСТЕМНЫХ СВОЙСТВ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

1.1. Применение системной методологии в исследовании источников права

Следует согласиться с современными учеными, занимающимися исследованиями в самых различных областях науки¹, что одним из наиболее востребованных способов познания в настоящее время является системный метод, позволяющий с помощью последовательности действий по установлению структурных и иных связей между элементами представлять объект изучения в виде целостности (системы), а на основе рассмотрения свойств и функций отдельных частей такой системы (т. е. в комплексе с иными методами познания, составляющими системную методологию: структурным, функциональным и др.) прогнозировать различные тенденции, строить модели дальнейшего развития данной системы.

Зарождение системных исследований относится к трудам древнегреческих ученых (Евклида, Платона, Аристотеля и др.). Так, например, Аристотель в работе «Метафизика», еще не употребляя термина «система», уже так говорил о целом: «Целым называется то, у чего не отсутствует ни одна из тех частей, состоя из которых оно именуется целым от природы, а также то, что так объемлет объемлемые им вещи, что последние образуют нечто одно»².

В Средние века в связи с распространением теологических учений, основанных на сверхъестественных объяснениях экзистенциальности явлений, доминированием провиденциализма, богословия и т. д., системный метод как метод прежде всего рационального исследования, а вместе с ним и весь категориальный аппарат системной методологии не были востребованы.

¹ См., например, Ершов М. Н. Системный метод реконструкции общественных зданий, находящихся в режиме эксплуатации : автореф. дис. ... канд. техн. наук. М., 2005; Каргин Н. Н. Философско-методологические аспекты теории систем и системного анализа : дис. ... д-ра филос. наук. М., 2009; Коростылев В. М. Проблемы системного и формально-логического анализа права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2002 и др.

² Антология мировой философии: в 4 т. М. : Мысль, 1970. Т. 1. С. 25.

Позднее, в науке Нового времени, понятие «система» все чаще стало использоваться учеными. При этом большинство исследований было направлено на естественно-научную интерпретацию системности мира, а не теологическую, как было характерно для Средних веков¹.

Однако вплоть до XX в. система понималась чаще всего как абстрактная целостность, построенная на отвлеченных понятиях и не способная дать новое знание.

Окончательно системная методология оформилась только в середине XX в. в трудах, как зарубежных авторов (Л. фон Берталанфи, Н. Винера, Л. Заде, О. Ланге, У. Р. Эшби и др.²), так и отечественных специалистов в данной области (А. А. Богданова, И. В. Блауберга, Э. Г. Юдина, И. В. Крайнюченко, И. Р. Пригожина, В. П. Попова, В. Н. Садовского, Г. П. Щедровицкого и др.)³.

В настоящее время теоретическое знание и практическая деятельность настолько углубляются, специализируются и дифференцируются, что общая картина бытия, общественная практика как бы распадается на отдельные, на первый взгляд, не связанные между собой фрагменты или формы деятельности. Возникает объективная потребность не только в систематизации теоретических и практических работ, но и в их интеграции, синтезе, в восстановлении общей картины бытия, общественной практики в целом.

Эту задачу призваны реализовать системные исследования, что позволит подготовить основания и предпосылки для нового витка как в углублении, специализации и дифференциации знаний и деятельности, так и в их новой, более высокого уровня интеграции, в их синтезе⁴.

Распространенность данного метода исследования в большинстве отраслей знания обусловила его широкое применение и в юридиче-

¹ Плоцкая О. А., Сивкова Л. А. К вопросу об этимологии и генезисе дефиниции «система источников права» // Вестник КРАГСиУ. Государство и право. – 2005–2006. – № 8–9. – С. 26.

² См., например, Эшби У. Р. Введение в кибернетику. М. : Издательство иностранной литературы, 1959; Берталанфи Л. фон. Общая теория систем – обзор проблем и результатов // Системные исследования : ежегодник. М. : Наука, 1969 и др.

³ См., например, Гленсдорф П., Пригожин И. Р. Термодинамическая теория структуры, устойчивости и флуктуаций. М. : URSS, 2003; Щедровицкий Г. П. Избранные труды. М. : Шк. культ. полит., 1995 и др.

⁴ Керимов Д. А. Методология права: предмет, функции и проблемы философии права. 6-е изд. М. : Изд-во СГУ, 2011. С. 225.

ской науке. Так, например, именно на основе системного метода в настоящее время упорядочиваются знания о нормах, отраслях, институтах и других структурных единицах системы права, строятся представления компаративистов об особенностях правовых семей, обусловленности рецепции и имплементации права в различные правовые системы и т. д.

Кроме того, следует учитывать и то, что само право является системой, рассмотрение и изучение которой целесообразно осуществлять при помощи системной методологии. В связи с этим Б. Л. Назаров отмечал следующее: «Широкое применение системного подхода к исследованию права на различных уровнях умножает возможности выявления его содержания и формы, внутреннего единства и разграничения, взаимосвязи и взаимодействия составляющих его частей»¹.

Однако до настоящего времени применительно к источникам права в российской правовой науке системный метод исследования использовался преимущественно на отраслевом уровне. Так, не представляет сложности обнаружить работы, посвященные системе источников гражданского, конституционного, административного и иных отраслей права².

О системе источников права на общетеоретическом уровне стали задумываться относительно недавно. В частности, основатель либертарно-юридической концепции права Владик Сумбатович Нерсисянц говорил о том, что «в системе категорий теории права понятие «источники права» выполняет двойственную функцию. Так, с одной стороны, оно позволяет отграничить источники права от социальных регуляторов, которые таковыми не являются. Всякая правовая система определяет в своей доктрине и законодательстве, какие источники (формы) права признаются действующими. С другой стороны, данное понятие раскрывает место того или иного источника права в системе источников права, соотношение его юридической силы с юридической силой других источников права. В рамках правовой системы ис-

¹ Цит. по: Лебедев В. А., Кандалов П. М. Методологические подходы к пониманию категории «система источников конституционного права» // Вестник Челябинского государственного университета. Научный журнал. Челябинск : Изд-во ЧелГУ, 2006. № 2. С. 5.

² См., например, Диденко А. А. Система источников гражданского права Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008; Фархтдинов Я. Ф. Система источников гражданского процессуального права Российской Федерации // Вестник ТИСБИ. – 2001. – № 1 и др.

точники права, выстроенные по принципу их иерархической соподчиненности, образуют систему источников права. Ее вертикальная структура строится таким образом, что предписания нисходящих источников права издаются на основе и во исполнение норм вышестоящих источников и любая норма в рамках этой системы должна соответствовать нормам источника высшей юридической силы, замыкающего эту вертикаль»¹. Таким образом, В. С. Нерсисянц выстраивал систему источников права в зависимости от их юридической силы, т. е. властного уровня принимающего их субъекта и объема предоставленных ему полномочий.

В аналогичном контексте о системе источников права говорят и иные современные ученые. Так, Ф. М. Гаджинова указывает на следующее: «источники права представляют собой целостную функционально взаимосвязанную систему, составляющую самостоятельный компонент национальной правовой системы»²; о системе формальных источников права говорит и Т. Н. Данцева: «система формальных источников права устанавливается непосредственно сувереном конкретного независимого политического общества»³; Т. В. Гурова подчеркивает, что «источники позитивного права исследуются в качестве многоуровневой, комплексной, динамичной, открытой системы...»⁴.

Ряд авторов приводят модели исследуемых ими систем источников права, ограничиваясь перечислением составляющих таких систем.

Например, С. В. Бошно к элементам системы источников права относит общепризнанные формы права (нормативные правовые акты, правовые обычаи и судебные прецеденты) и вспомогательные формы (доктрины, принципы, правосознание, «книжное» право)⁵.

Б. Б. Балданов выделяет в системе источников современного российского права следующие элементы: нормативные правовые акты,

¹ Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. М. : Норма, 2004. С. 266.

² Гаджинова Ф. М. Источники права и их система в современном российском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 12.

³ Данцева Т. Н. Формальные источники права : дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2007. С. 140.

⁴ Гурова Т. В. Актуальные проблемы источников права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2000. С. 7.

⁵ Бошно С. В. Форма права: теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 13.

нормативные правовые договоры, юридические прецеденты, правовые обычаи¹. Кроме того, он отдельно исследует систему нормативных правовых актов Российской Федерации, в которую включает «нормативные правовые акты общедеревальных органов власти, органов власти субъектов федерации, органов местного самоуправления, общественных объединений, совместные нормативные правовые акты государственных и негосударственных организаций, а также нормативные правовые акты, принятые в порядке референдума (акты прямого народного волеизъявления)»².

Н. Н. Вопленко и А. П. Рожнов анализируют систему нетрадиционных источников права, состоящую из правовых обычаев, нормативных договоров, нормативных актов общественных объединений, правовых доктрин и правоприменительной практики³.

Т. В. Гурова относит к основным элементам системы источников права следующие:

- способ бытия людей, обусловленный двуединой биосоциальной природой человека (как генетический источник права);
- государство как политический источник позитивного права (источник его конкретно-исторического содержания и юридической силы);
- формальные источники права (информационно-документальные формы права)⁴.

Некоторые авторы подходят к проблеме исследования системы источников права еще в более узком смысле, принимая во внимание лишь отдельные разновидности источников права или источники права конкретного государства, что значительно снижает содержательность теоретических изысканий. Например, Д. А. Баринов, по сути, отождествляет систему источников права России и систему нормативных правовых актов России. Он обозначает следующие составные части данной системы: «Подсистема законов (система законодательства Российской Федерации), подсистема подзаконных актов: ак-

¹ Балданов Б. Б. Система источников современного российского права: теоретико-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2010. С. 12.

² Там же. С. 6–7.

³ Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции : монография. Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2004. С. 38–39.

⁴ Гурова Т. В. Актуальные проблемы источников права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2000. С. 8.

тов государственных органов и должностных лиц Российской Федерации и ее субъектов; актов местного самоуправления: общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации»¹.

Однако во всех вышеназванных работах затруднительно выявить непосредственно научный системный анализ (принципы построения системы, связи ее элементов, их взаимодействие с внесистемной средой, функции и др.), так как большинство авторов ограничиваются перечислением источников той или иной отрасли права, исследованием системности отдельной разновидности источников права или указанием на их иерархичный характер.

В отношении иерархичности, как системного свойства, следует отметить следующее: в науке традиционно сложилось, что системность в правовой и государственной жизни возможна там, где установлена иерархичность связей и элементов. Так как одним из основных принципов, на которых основывается системная методология, является принцип иерархичности, обязывающий исходить из предположения, что структурные связи в системе не носят равнозначного характера, а потому, во-первых, одни связи и структуры могут быть объяснены с помощью других структур и связей, во-вторых, в аспекте управления системами решающей является практика предпочтения одних связей, характеристик, элементов другим².

В то же время иерархичность, хотя и является одной из характеристик систем и заслуживает пристального внимания исследователей системных объектов, однако не всегда представляет собой определяющую составляющую в процессе установления наличия, отсутствия системы, выявления ее особенностей (последние предполагают необходимость фиксации комплекса характеристик, речь о которых пойдет далее).

¹ Баринов Д. А. Место и роль общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации в системе источников российского права // Источники права: проблемы теории и практики. Сборник материалов межвузовского «круглого стола». Хабаровск : Издательство Дальневосточного юридического института МВД России, 2009. С. 17.

² Малахов В. П. Многообразие методологий современной теории государства и права: Системная методология // История государства и права. — 2009. — № 19. — С. 44.

Основной причиной квазисистемного анализа источников права в перечисленных выше работах является, на наш взгляд, невысокий уровень использования принципов и основ системной методологии в рамках юридической науки. В связи с этим полагаем целесообразным не только интенсивное, т. е., количественное, но и экстенсивное, качественное, основанное на современных достижениях общей теории систем, внедрение принципов данного направления познания (системной методологии) в юриспруденцию.

Последнее позволит наряду с развитием отраслевых юридических наук оказывать влияние на право и его источники в рамках правовой теории, а именно, обеспечит следующее:

1) возможность создания модели общей системы (схемы) источников права, идентичной познаваемой и состоящей из подсистем различного уровня, учитывающей все разновидности источников права и позволяющей, во-первых, обогатить теоретическую науку о праве путем упрощения, а значит, увеличения общедоступности и единообразия сложного системного образования – источников права, во-вторых, прогнозировать тенденции развития источников права в правовой практике и соответственно должным образом корректировать тенденции правовой реальности, а также определять суммарное влияние источников права на эффективность правового регулирования;

2) анализ особенностей взаимодействия элементов в системах источников права конкретного типа или вида (например, системе судебных прецедентов, системе правовых обычаев), способствующий эволюции различных институтов юридической науки;

3) детальное рассмотрение аспектов функционирования для достижения определенных целей различных элементов в рамках систем, подсистем, иных структурных единиц, видовой дифференциации данных элементов по различным основаниям;

4) формулирование критериев отделения категории «система» источников права от «системного образования», «совокупности, обладающей системными свойствами», «комплекса» и иных смежных категорий;

5) исследование содержания и последствий воздействия правовых и неправовых детерминант на процесс организации и оформления систем источников права, влияния на последние доминирующих признаков правовых семей (приоритет того или иного вида источников права);

6) на основе данного метода, а также взаимосвязанных с ним методов, включенных в общую системную методологию (информационный, кибернетический, структурный и др.), исследование характеристик сегментов систем источников права, их структуры и взаимодействия: систем с внешней средой, частей систем друг с другом, частей систем с самими системами и подсистемами в целом, систем и подсистем в целом друг с другом;

7) принятие во внимание того обстоятельства, что система источников права является органичным компонентом правовой системы, и в соответствии с этим на основе исследования системных свойств источников права предположение об особенностях и направлении дальнейшего развития правовой системы, в то же время определение в ней места и значения самих источников права;

8) исследование последствий системного эффекта или «эффекта эмерджентности» (несводимость свойств элементов системы к свойствам самой системы) на отдельные элементы системы и систему источников права в целом и др.

Сущность эмерджентности (англ. *emergence* – возникающий, неожиданно появляющийся) или «системного эффекта» заключается в том, что источники права по отдельности обладают одними свойствами, в то время как при объединении в систему они приобретают новые свойства, обусловленные более значимыми целями и задачами, которые стоят перед всей системой, а не перед ее элементами. Объединение элементов в систему ограничивает степени свободы, уменьшает количество возможных связей, что неизбежно проявляется в изменении свойств. Поэтому эмерджентность является причиной возникновения новой информации, которая появляется при комбинировании связей и элементов.

Однако, принимая во внимание вышеперечисленные перспективы применения системной методологии к источникам права, не следует забывать и о специфичности данной методологии, проявляющейся в ряде особенностей, с которыми сталкивается любой ученый, работающий в этой области.

Во-первых, любая система, в том числе и система источников права, субъективирована, т. е. испытывает влияние, моделируется сознанием исследователя. Последнее детерминирует личностно-обусловленный подход в каждом отдельном случае, к каждой отдельной системе. Эта особенность значима прежде всего не для исследователя, непосредственно «моделирующего» систему, а для того, кто будет работать с

ней в перспективе, в целях достижения максимально возможной объективности и беспристрастности.

Во-вторых, «элементы», «системы», «подсистемы», «модели» и большинство иных категорий системного анализа являются идеальными и не всегда находят отражение в материальном мире, что также затрудняет их исследование и часто становится причиной абстрактности ряда гипотез и заключений ученого, широкого применения аналогий.

В-третьих, всякая системная ситуация, а значит, и система, противоречива и изменчива. В связи с этим отечественный философ и методолог Г. П. Щедровицкий подчеркивал, что «... системная проблема и задача не имеют последовательного, законченного решения. Как только мы, казалось бы, решаем стоящую перед нами в системном анализе проблему и создаем соответствующую единую многоаспектную конструкцию, так системная проблема оказывается снятой, у нас больше нет системной ситуации и нет системы, а есть лишь конструкция. Если же мы хотим сохранить системную ситуацию, то не должны создавать единую конструкцию, хотя именно в этом состоит наша задача и единственный путь последовательного решения системной проблемы»¹. Противоречивость, однако, не является исключительно негативной тенденцией, влекущей за собой деградацию или стагнацию, а, скорее наоборот, связана с диалектической природой процесса развития, включающего постоянное возникновение и разрешение противоречий.

В-четвертых, большое влияние на системное исследование источников права оказывает тип правопонимания ученого, особенности его отношения к сущности и природе права, источникам права. Не беря во внимание детальные различия и не останавливаясь на отдельных самостоятельных направлениях (социологическое, теологическое, историческое, легистское, нормативистское правопонимание и т. д.) двух базовых типов, все типы правопонимания, на наш взгляд, можно поделить на две группы: позитивно-правового характера и естественно-правового характера. Первые детерминированы государственным влиянием на право и его источники, а вторые – отвергают данное воздействие, основывая свои выводы исключительно на деэтистских факторах, независимо от государства и его органов существования и развития права. Следствием этого выступает то, что исследо-

¹ Щедровицкий Г. П. Избранные труды. М. : Шк. культ. полит., 1995. С. 79.

ватели, придерживающиеся естественно-правового правопонимания, относят к источникам права достаточно большое количество явлений (идею, природу, божественное повеление, высший разум и т. д.), а последователи позитивистского правопонимания так или иначе связывают источники права с государством.

В-пятых, еще одной особенностью, принятие во внимание которой необходимо в рамках исследования источников права, являются все чаще рассматриваемые в последнее время в науке формы права в целом (государственное право, право гражданского общества, обычное право, индивидуальное, групповое право, межгосударственное право, международное право и т. д.)¹, представляющие как социально-духовные формы жизни общества, как способ ее организации и структуризации, а также типы права (полицейское право, административное право, корпоративное право, межгосударственное право и другие)², как его качественные состояния, определенные не внешними факторами, хотя и они должны включаться в поле исследования, а прежде всего внутренними факторами, т. е. самой природой права в его действительности³. Так, для каждого из данных типов и форм источники права будут обладать своими уникальными особенностями, на появление и развитие которых оказывается влияние не только правовыми, но и социально-культурологическими, морально-обусловленными и иными причинами и условиями, что также затронет проблему выбора ученым методов и приемов исследования.

В-шестых, специфичной чертой применения системного метода в вопросе исследования источников права является необходимость оперирования особым для правовой теории категориальным аппаратом. Данный аппарат включает в себя не только юридическую терминологию, но и заимствованный у англоязычных системологов, внесших неоценимый вклад в развитие общей теории систем, ряд категорий (например, эмерджентность, гетерогенность, когерентность, синергетика и т. п.). В большинстве случаев избежать подобных лексических имплементаций не представляется возможным вследствие их этимологического закрепления за тем или иным явлением при его ин-

¹ См. о формах права: Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2011. С. 110–136.

² Там же. С. 341–427.

³ Там же. С. 342.

тегрировании в науку. Замена такой категории общедоступным и более понятным термином может привести к потере его смыслового содержания.

В-седьмых, любое системное исследование, в том числе в рамках теории права, является телеологичным. «Отдельные элементы системы и существование ее в целом понимаются исключительно с точки зрения их целесообразности...»¹. При этом не следует забывать и уже отмеченную выше особенность, касающуюся высокой антиномичности, непостоянства практически любой системы. «Целесообразное поведение не всегда может быть уложено в рамки причинно-следственной схемы»².

Исследователь должен хотя бы приблизительно знать, какие результаты он хочет получить от проведенного системного анализа. «Сущность системной методологии состоит в образовании (посредством абстрагирования либо конструирования, либо «вырезания» из реальности) систем под определенную цель познания и, как следствие, под определенные атрибуты»³. Но некоторые разновидности систем, к примеру, органичная система, обладая в той или иной мере свободой и неопределенностью, не всегда развиваются по заранее заданному алгоритму, они способны на самостоятельное изменение под воздействием как своих системных свойств, так и в результате взаимодействия с внешней средой. Поэтому отдельные исследования, посвященные двум последним детерминантам (особенностям системных свойств и внешним факторам воздействия на систему), позволят в определенной степени предугадывать дальнейшее развитие системы, динамику ее функционирования (что также необходимо принимать во внимание при системном анализе).

Системная методология применительно к источникам права приобретает своеобразие, обусловленное комплексным характером ее использования. В связи с этим, говоря об использовании системной

¹ Малахов В. П. Многообразие методологий современной теории государства и права: системная методология // История государства и права. — 2009. — № 19. — С. 42.

² Проблемы методологии системного исследования / ред. коллегия И. В. Блауберг и др. М. : Мысль, 1970. С. 17.

³ Малахов В. П. Многообразие методологий современной теории государства и права: системная методология // История государства и права. — 2009. — № 19. — С. 44.

методологии и, в частности, системного метода исследования к источникам права, необходимо четко сознавать различие между системным и многофакторным (разнопредметным) анализами. Последний осуществляется в основном путем привлечения знаний из других областей науки (философии, социологии, истории, культурологии и т. д.). Бесспорно, что интеграция и глобализация науки непреодолимы, однако имплементация знаний из других областей должна осуществляться последовательно, чтобы не привести к размытию и потере самостоятельности, например юриспруденции или социологии. Системный анализ отличается исследованием предмета в единстве и многообразии всех его составляющих, как системного образования, при этом демонстрируя правовую действительность не в виде застывшей конструкции, а в процессе функционирования и развития.

Далее, приведем один из вариантов алгоритма системного исследования источников права.

В начале анализа необходимо определиться с точкой отсчета, т. е. определить проблемную ситуацию, поставить перед собой определенную цель и сформулировать рабочие определения ключевых категорий.

При этом нет необходимости в исчерпывающих формулировках, так как, во-первых, объективно любые категории в той или иной мере обладают многогранностью и полисемантичностью и в принципе не могут быть ограничены унифицированными определениями, во-вторых, такие определения лимитировали бы возможность дальнейшего анализа исследуемых объектов конкретными рамками, позицией отдельного автора, что затруднит исследования в этой области.

К примеру, в данной работе мы будем руководствоваться следующими определениями: 1) «система» – в общем виде система представляет собой целостное, обладающее структурой и организацией множество взаимосвязанных элементов, находящихся между собой в определенных отношениях; от категории «система» следует отличать категорию «комплекс», представляющую собой совокупность наличных повторяющихся компонентов вне зависимости от их числа, системных и иных связей и не обладающую полнотой определенного множества элементов; 2) «источник права» – в самом общем смысле представляет собой то, что дает начало праву, основания его действия, появления и изменения.

Далее ученому следует определить: брать ли во внимание все источники права в целом, при этом речь будет идти обо всех разновид-

ностях и типах источников права, выделяемых при том или иной подходе к правопониманию; или анализировать подсистемы вышеназванной целостности (например, систему судебных прецедентов как подсистему источников права в целом); или вести речь о системе источников права различных государств, системе источников разнообразных типов и форм права и т. д.

Значимым для анализа системы являются выявление и исследование следующих системных свойств:

1) *общесистемных свойств* – качеств и характеристик, обязательных и присущих любой системе по ее природе;

2) *специфических системных свойств*, имманентных данной системе, обуславливающих исключительно ее особенности и характеристики. При этом важными являются не просто свойства объекта, а именно системные свойства, как наиболее устойчивые и значимые, несущие информацию о качествах объекта.

В целях данного исследования мы выделили следующие общесистемные свойства:

– *структурированность* (упорядоченность системы, расположение элементов в определенной последовательности);

– *организованность* (взаимодействие всех локусов для достижения общих целей функционирования системы, повышения ее эффективности при разрешении противоречий в заданных условиях среды);

– *взаимодействие с окружающей средой* (наличие и особенности «входов-выходов», т. е. совокупность воздействий внешней среды на систему и воздействий системы на среду. Следует учитывать, что часто именно во взаимодействии со средой система проявляет и формирует свои свойства. В связи с этим автономное описание системы без анализа взаимодействия с внесистемной средой, часто оказывается недостаточным для объяснения принципов ее функционирования);

– *множественность* (присутствие более двух элементов в системе; в то же время максимальное количество элементов не всегда требует полного установления, поскольку отражается известным образом лишь на качественных характеристиках тех или иных систем, но не отрицает их существования вообще. Количество элементов системы может существенно влиять на свойства системы в целом, однако системы могут объединять значительное количество элементов, чис-

ло или качественные характеристики которых могут меняться, не вызывая при этом преобразования самих систем¹);

– *когерентность* (характер взаимосвязи элементов в системе);

– *эмерджентность* (несводимость свойств системы к сумме свойств, составляющих ее элементов).

Кроме того, важным является, как уже указывалось, отдельное исследование конкретных, присущих только данным источникам права системных свойств. Именно их наличие в ряде случаев позволяет определить особенности объекта исследования, значимые для системного анализа. И здесь ученый сталкивается с обозначенной выше спецификой системного исследования – противоречивостью.

Во-первых, даже обладая некой целостностью элементов, нельзя основывать вывод о наличии или отсутствии системы на «досистемных» свойствах данных элементов, так как в системе они по причине эмерджентности могут приобрести качественно иной характер.

Во-вторых, о существовании системы можно говорить на основе общесистемных свойств и системообразующих элементов («весь пафос системных исследований направлен на поиски системообразующих факторов, а не просто совокупности характеристик системного объекта»²).

Системообразующий элемент (фактор) представляет собой такой элемент системы, от которого в решающей степени зависит функционирование всех остальных элементов и жизнеспособность системы в целом, который обеспечивает единство всех составляющих системы, и, по сути, тождественен самой цели существования системы.

Однако наличие системообразующего элемента и системных свойств можно подтвердить только в уже созданной системе, в то время как на премьерной стадии исследования мы обладаем лишь совокупностью элементов.

Одним из возможных выходов из данной ситуации является, на наш взгляд, первичное выдвижение гипотезы о существовании системы (модели в сознании исследователя), далее – экстраполяция общесистемных свойств на данную модель и выделение иных (уникальных для нее) системных свойств и системообразующих элементов. После этого необходимо выбрать одно из двух направлений.

¹ Лебедев В. А., Кандалов П. М. Указ. соч. С. 6.

² Проблемы методологии системного исследования / ред. коллегия И. В. Блауберг и др. М. : Мысль, 1970. С. 45.

Первое: при определении всех общесистемных свойств, фиксации иных системных качеств и системообразующего элемента можно говорить о наличии системы и далее анализировать ее особенности в целях определения видовой и типовой принадлежности.

Второе: при отсутствии хотя бы одного из общесистемных свойств или системообразующего элемента следует вести речь о совокупности, конструкторе, организации и т. п., элементы которой, однако, могут обладать системными свойствами как некими внутренними интенциями, потенциальными возможностями для включения их в систему либо иными характеристиками, так или иначе связанными с системностью источников права.

Кроме того, несмотря на констатацию отсутствия системы (например, в отдельных подсистемах), в ряде случаев значимым может являться анализ системных свойств отдельных источников права, позволяющий познать не только их характеристики и особенности, но и, например, функции, так как каждое свойство элемента потенциально представляет собой его функцию. Тогда можно констатировать наличие между функциями и свойствами обратной взаимосвязи: зная функции элементов системы и самой системы, можно предположить свойства системы и ее элементов и, наоборот, имея представления о свойствах, есть возможность предполагать функции.

Далее значимым для системного анализа источников права является видовая дифференциация и типологизация систем, позволяющие выделить особенности, присущие отдельным типам и видам целостностей, черты и характер составляющих их элементов.

В частности, любые системы, в том числе и системы источников права, как отмечает И. В. Блауберг, делятся на органичные, неорганичные или механические и неорганизованные системы¹.

Для неорганизованной системы имманентно отсутствие существенных черт внутренней организации. Связи между составляющими ее элементами носят внешний, случайный, несущественный характер. Входя в состав такого объединения или покидая его, составляющие сегменты не претерпевают каких-либо изменений, что говорит об отсутствии у подобной совокупности целостных, интегративных свойств (примерами неорганизованных систем могут служить случайное скопление людей на площади или куча камней на земле), что,

¹ Проблемы методологии системного исследования / ред. коллегия И. В. Блауберг и др. М. : Мысль, 1970. С. 37–38.

по сути, свидетельствует об отсутствии в такой целостности эмерджентности и только с большой натяжкой позволяет отнести ее к системам.

В отличие от неорганизованной два других вида систем (органичная и неорганичная) характеризуются наличием существенных связей между элементами и появлением в системе новых свойств, не присущих элементам в отдельности.

Отличить друг от друга органичную и неорганичную систему сложнее. В. Н. Садовский, И. В. Блауберг и Э. Г. Юдин определили следующие специфические особенности, присущие органичным системам и не свойственные неорганичным:

1) наличие в системе не только структурных, но и генетических связей, первые из которых представляют собой связи строения между элементами структуры системы, а вторые – связи порождения, в общем смысле, отражающие особое отношение, когда один объект выступает как основание, вызывающее к жизни другой;

2) имманентность для системы не только связей координации (взаимодействие элементов одного уровня организации), но и связей субординации (взаимодействие компонентов различных уровней иерархии), обусловленных происхождением одних элементов от других, возникновение новых связей и т. п.;

3) наличие особых управляющих механизмов, через которые структура целого воздействует на характер функционирования и развития частей (система норм в общества, органы управления и т. п.);

4) в неорганичном целом в силу менее тесной зависимости между системой и ее составляющими основные свойства частей определяются их внутренней структурой, а не структурой целого. Связи внутри целого не вызывают коренных качественных преобразований частей. С этим связана способность частей неорганичного целого к самостоятельному существованию. В органичном же целом основные свойства частей определяются закономерностями, структурой целого. Зависимость между системой и ее компонентами столь тесна, что элементы системы лишены способности к самостоятельному существованию;

5) органичное целое образуется не из тех частей, какие функционируют в развитом целом. В ходе развития органичной системы происходит качественное преобразование частей вместе с целым. Первичные компоненты внутри системы претерпевают трансформации, которыми определяется их «современная форма»;

6) устойчивость неорганичных систем обусловлена стабильностью элементов; напротив, необходимым условием устойчивости органичной системы является постоянное обновление ее элементов;

7) внутри органичного целого существуют своеобразные блоки (подсистемы). Их гибкая приспособленность к управлению команд управляющей системы основана на том, что элементы подсистем функционируют вероятностным образом и имеют определенное число степеней свободы. Следовательно, жесткая детерминированность связи подсистем между собой и с целым реализуется через отсутствие однозначной детерминации в поведении элементов подсистем¹.

К вышеназванному также можно добавить, что при применении системной методологии по отношению к органичным системам объект анализа изначально дан субъекту, он противопоставлен последнему и подчиняется ряду естественных законов, не зависящих от деятельности исследователя. Вследствие данных особенностей органичным системам присущи синергетические свойства самоорганизации, саморазвития и самовоспроизводства; они проходят последовательные этапы усложнения и дифференциации².

В неорганичных же системах есть только конструктивные, механические отношения, созданные деятельностью человека. «Но природного закона как такового, подобно тому закону, который мы ищем, описывая свободное падение тел, там нет, и в принципе не может быть»³.

Это обуславливает возможность при необходимости замены одного из элементов другим (другими) без потерь для существования всей системы в целом, что является неоценимым качеством при управлении или оказании иного воздействия на систему для достижения целей ее существования и обеспечивает долговременность ее функционирования.

Далее исследователю следует обратить внимание на пространственное расположение исследуемой системы источников права, ее взаимосвязь и взаимообусловленность с внешней средой. На любое

¹ Проблемы методологии системного исследования / ред. коллегия И. В. Блауберг и др. М. : Мысль, 1970. С. 38–39.

² В связи со сказанным следует также отметить, что органичные системы – наиболее сложные из всех видов систем, поэтому их исследование является наиболее перспективным в методологическом отношении.

³ Щедровицкий Г. П. Избранные труды. М. : Шк. культ. полит., 1995. С. 87.

системное образование, в том числе и на систему источников права, влияет, помимо правовых, множество не имеющих непосредственного отношения к праву детерминант: социально-культурологических, политических и т. д. По словам В. П. Малахова, «... любая система рассматривается в ее неотделимости от условий существования (среды), что позволяет решить проблему реактивности и активности систем...»¹. Установление характера таких связей может способствовать прогнозированию дальнейшего развития системы, определению направления ее оптимизации и совершенствования.

При системном исследовании источников права невозможно не затронуть особенностей внутреннего строения системы. Так, Д. А. Керимов утверждает, что системный подход к исследованию сложных целостностей, к которым мы относим и источники права, «позволяет обнаружить внутренний механизм не только действия его отдельных компонентов, но и их взаимодействия на различных уровнях»².

Структурный анализ является методологической разновидностью системного анализа, в основе которой лежит выявление структуры как относительно устойчивой совокупности отношений, признание методологического примата отношений над элементами в системе, частичное отвлечение от развития объектов. Данный метод исследования способствует рассмотрению особенностей системной методологии применительно к источникам права как к составляющим различные уровни, подсистемы целого, так и к отдельным элементам.

Таким образом, очевидными в настоящий момент являются перспективы применения системной методологии как в юридической науке в целом, так и в исследовании источников права, в частности в силу ее комплексности, а также обозначенных выше возможностей по управлению и организации объектов.

Рассмотренный подход к применению системной методологии в исследовании источников права позволит добиться позитивного эффекта, а именно: получения значимых результатов в управлении системами источников права, установления основ их функционирования и развития, свойств и особенностей целостных образований, не при-

¹ Малахов В. П. Многообразие методологий современной теории государства и права: системная методология // История государства и права. — 2009. — № 19. — С. 42.

² Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000. С. 243.

сущих отдельным источникам права, интересных теоретических положений, открывающих перспективу для работы с источниками права в новом контексте.

Но в то же время применение системной методологии, особенно к такой значимой для теории права категории, как источники права, требует принятия во внимание достаточно большого количества обозначенных особенностей данной методологии, телеологичной авторской позиции по данному вопросу, учета результатов предшествующих исследований источников права, а также многих достижений современной науки как в сфере юриспруденции (теории права, философии права, социологии права), так и в области общей теории систем, тектологии и др.

1.2. Основные характеристики источников позитивного права в ракурсе системно-структурного анализа

Определение методологических предпосылок системного исследования источников права позволяет перейти к непосредственному системно-структурному анализу источников позитивного права. При этом под системно-структурным анализом мы понимаем метод исследования сложных комплексных объектов, выявляющий строение системы, характер ее уровней и связей, особенности системных свойств.

Понятие «система» применительно к источникам права оценивается по-разному в зависимости от взглядов ученых на право и его источники, приверженности их естественно-правовому или позитивному правопониманию. Так, с позиции представителей естественного права к источникам права относятся достаточно разнородные явления (например, идеи, божественная воля, человеческие эмоции, разум человека, народный дух и т. д.), в том числе и не имеющие правовую природу, привести в единую систему, а значит, выявить структуру, системообразующие элементы, системные особенности и системные связи между которыми достаточно затруднительно. Кроме того, источники права в рамках естественного правопонимания из-за преимущественно вербального, неформального выражения не обладают объективированным характером. Вышеперечисленное, а также сложность вследствие различной природы, стихийности образования и других обстоятельств, оказания на них унифицированного воздействия, управления, подчинения единым задачам, иерархизации, приве-

дения источников естественного права в систему позволяет констатировать, что в рамках данного правопонимания вопрос о системе источников права ставить нецелесообразно.

В связи с этим следует вести речь о системе источников позитивного права (нормативных правовых актах, правовых обычаях, правовых прецедентах и т. д.).

Однако необходимо отметить, что в настоящее время в юридической науке выделяется и признается только основанная на формально-юридическом подходе, состоящая из нормативных правовых актов и базирующаяся на структурно-иерархической соподчиненности система источников права.

Рассмотрим подробнее данную целостность нормативных правовых актов, взяв в качестве базиса источники права России. Элементами такой системы выступают исключительно официальные признанные государством документы властного характера, содержащие нормы права, реализация которых обеспечена государственным принуждением. Так, нормативные правовые акты – основные источники позитивного права – в зависимости от приданной им государством юридической силы выстраиваются в иерархическую систему, состоящую из двух подсистем: законов и подзаконных нормативных правовых актов. Источники, обладающие меньшей юридической силой, не могут противоречить источникам с большей юридической силой (любой подзаконный нормативный правовой акт, например, постановление Правительства Российской Федерации не может противоречить закону, к примеру, Конституции Российской Федерации).

Закон – это обладающий высшей юридической силой нормативный правовой акт, принятый в особом порядке высшим законодательным органом государственной власти либо непосредственно народом (в ходе референдума), регулирующий наиболее важные общественные отношения и имеющий свойства прямого действия.

На вершине иерархической подсистемы-пирамиды законов находятся нормы Основного закона – Конституции Российской Федерации. Конституция – это нормативный правовой акт высшей юридической силы.

Более «низкую» позицию в подсистеме занимают федеральные конституционные законы, предусмотренные Конституцией России и органически с ней связанные. Ниже в представленной иерархии находятся федеральные законы, представляющие собой текущие, регулирующие различные стороны государственной и общественной

жизни акты. Завершают подсистему законов в данной системе источников права законы субъектов Российской Федерации – нормативные правовые акты, издаваемые законодательными органами конкретных регионов Российской Федерации и действующие на территории данных регионов.

Подзаконный нормативный акт – это официальный нормативный правовой акт, установленный компетентным органом исполнительной государственной власти, органом местного самоуправления и т. д., который содержит общеобязательные юридические нормы и регулирует свой круг общественных отношений. Подзаконные акты по отношению к законам имеют вспомогательный характер. Они призваны создавать оптимальные правовые условия для всесторонней и полной реализации предписаний и требований соответствующих законов, включают разъяснения положений, указанных в более абстрактных по своему содержанию нормах законов.

К подзаконным нормативным правовым актам относятся:

1) указы Президента Российской Федерации – высшие по юридической силе подзаконные акты, регламентирующие широкий круг общественных отношений;

2) постановления Правительства Российской Федерации – акты высшего исполнительного органа государства, принимаемые по различным вопросам, входящим в его компетенцию;

3) приказы, инструкции, положения министерств, агенств, служб, регулирующие, как правило, общественные отношения, находящиеся в пределах круга полномочий данных структур;

4) решения и постановления органов исполнительной власти субъектов России.

С определенной долей условности к данной системе также можно отнести следующие элементы: акты муниципальных органов власти – это документы обязательного властного характера, принимаемые органами и должностными лицами местного самоуправления по предметам и сферам своего ведения, в рамках, определенных законодательством России; локальные нормативные правовые акты – это нормативные предписания в форме уставов, положений и т. д., принятые на уровне конкретного предприятия, учреждения или организации, с помощью которых регламентируются порядок работы, права и обязанности сотрудников и др. (например, правила внутреннего трудового распорядка).

Придание правотворческими органами нормативным правовым актам различной юридической силы обусловлено необходимостью избежать противоречий и коллизий между их нормами.

Необходимо отметить, что упорядочивание массива нормативных правовых актов также осуществляется за счет различных видов систематизации. В теории права выделяют четыре основных вида систематизации: *кодификация* – переработка норм действующих нормативных правовых актов с помощью группировки, отмены или создания норм в целях получения нового единого нормативного правового акта; *консолидация* – объединение нескольких нормативных правовых актов по одному и тому же вопросу в один акт, не меняя содержания правового регулирования; *инкорпорация* – объединение нормативных актов и норм права в сборники, составленные по определенному признаку (алфавитному, хронологическому и т. д.); *учет нормативных правовых актов*, осуществляемый путем сбора и хранения нормативных правовых актов в состоянии, позволяющем без промедления находить в них необходимую правовую информацию.

Каждый из данных способов так или иначе обеспечивает системность, приводя действующие нормативные акты в единую формализованную систему. М. В. Баглай по этому поводу отметил, что «далеко не безразлично, в какой форме реализуется правовая норма, регулирующая те или иные отношения, тут должен быть жесткий порядок, чтобы предупредить «войну источников»¹.

Однако ни принцип иерархичности нормативных правовых актов в зависимости от различий их юридической силы, ни перечисленные способы систематизации не устраняют полностью всех коллизий². Возможны ситуации противоречия источников, обладающих равной юридической силой, расположенных на одном уровне иерархии, но имеющих различные сферы регулирования (например, норм Гражданского кодекса Российской Федерации и Уголовного кодекса Российской Федерации). Помимо противоречий норм права одного уровня правоприменители часто сталкиваются и с иными видами проти-

¹ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учебник для юридических вузов и факультетов. М. : ИНФРА-М, НОРМА, 1997. С. 17.

² Поэтому в данном случае следует отличать идеальную систему нормативных правовых актов Российской Федерации, как должное, правильное, целесообразное и непротиворечивое сочетание элементов, и реальную систему, для которой имманентны естественные внутренняя конфликтность и коллизионность.

воречий – конкуренциями норм: по основанию различий во времени вступления в силу, пространства, на которое распространяется действие норм, компетенции, противоречия между нормами частного и публичного права и т. д.

В этом случае противоречия преодолеваются уже не на основе иерархического расположения актов (вертикальная связь), а по правилам разрешения конкуренции норм (горизонтальная связь), например, по принципу, предложенному еще римскими юристами: позже изданный закон отменяет предыдущий во всем том, в чем он с ним расходится, и др. Это в свою очередь подтверждает указанную в предыдущем части работы нецелесообразность помещения в основание системы только принципа иерархичности. Наличие системы должно подтверждаться не одним, а как минимум несколькими показателями.

Соответственно утверждать наличие системы нормативных правовых актов лишь на основе их иерархичности, методологически не верно. В этом случае не будут учтены системные свойства источников права, которые характеризуются не только субординационными связями, но и отличаются координационным взаимодействием, которое предполагает не «силовую» конкуренцию между нормами нормативных правовых актов, а их взаимодополняющее функционирование, основанное на различных сферах правового регулирования¹.

Далее определим общесистемные свойства для целостности источников позитивного права, позволяющие совместно с констатацией наличия системообразующего элемента отнести ее к системе:

1) структурированность (система источников позитивного права обладает структурой, т. е. в ней присутствуют расположенные в определенной последовательности и определенным образом взаимосвязанные элементы. Первичным элементом является единичный источник позитивного права, иными, более крупными сегментами – различные уровни и подсистемы источников права, например, система судебных прецедентов, или система правовых обычаев и др.);

2) организованность (функционирование всей системы для достижения общих целей – упорядочивания общественных отношений и воспроизводства права, и в то же время обладание каждого из источников собственными ролью и местом в данной системе);

3) множественность и сложность, проявляющиеся в очевидном наличии более чем двух элементов – источников права, их многоас-

¹ Гаджинова Ф. М. Указ. соч. С. 113–114.

пектности, связанной с возможностью исследования в различных контекстах, подходах (например, в разных формах права, правовых системах, хронологических рамках и др.) и взаимообусловленности;

4) когерентность (наличие структурных, функциональных, содержательных и иных системных связей между источниками позитивного права, обуславливающее их сплоченность);

5) взаимодействие с окружающей средой источников позитивного права выражается преимущественно в отрицательной обратной связи, т. е. на систему источников позитивного права оказывается в целом незначительное влияние, например, религией, моралью и т. п., в то время как сами источники права активно воздействуют на все сферы общественной жизни, стараясь подчинить своему регулированию как можно больше социальных структур. Об этом также свидетельствует такая современная тенденция, как перманентное увеличение количества отраслей, институтов и иных структурных единиц системы права. Данное свойство, негативно сказываясь на гражданской активности, самостоятельности и диспозитивности общества, уменьшая роль и значение иных социальных регуляторов, имеет и положительную сторону. Невысокий уровень внешней коммуникации источников позитивного права обеспечивает гомеостаз и относительную внутреннюю стабильность данной системы;

6) эмерджентность (в данном контексте это означает, что каждый из источников позитивного права поодиночке слабоуправляем и относительно ограничен в сфере регулирования, тогда как в системе они становятся более «адекватными» для управления, прогнозируемыми, коммуникабельными, приобретают комплексность).

К системообразующему элементу, скрепляющему и поддерживающему единство всех источников позитивного права, следует отнести авторитет государственной власти. Именно к поддержанию авторитета власти государства через воспроизводство позитивного права, а также регулирование общественных отношений при помощи демонстрации силы стремятся законодатель, иные органы и должностные лица, участвующие в процессе правотворчества.

Далее следует определить видовую принадлежность системы источников позитивного права. Данная система не может быть отнесена к неорганизованным, так как непосредственно одним из системных свойств источников позитивного права, рассмотренным нами выше, является организованность. Система формируется, регулируется и организуется посредством деятельности правотворческих органов.

Необходимость решения вопроса об отнесении источников позитивного права к органичной либо неорганичной системе вызывает потребность в анализе ее особенностей на основе выделенных в предыдущей части работы критериев разграничения этих видов систем.

1. В системе источников позитивного права отсутствуют генетические связи, передающие информацию из поколения в поколение и обуславливающие наследственность. Такие связи характерны только для органичных систем, где один объект выступает как основание, вызывающее появление другого объекта. Отсутствие генетических связей, однако, не обуславливает абсолютную независимость одних источников права от других вследствие наличия в их системе иных связей (например, связей взаимодействия, связей функционирования и т. д.).

2. Среди источников позитивного права отсутствуют связи субординации, имманентные органичным системам и обуславливающиеся в отличие от связей подчинения происхождением одних элементов от других. Так, элементы часто привносятся в систему путем формального правотворчества, не принимая во внимание имеющийся правовой массив источников (например, если нормы официально закрепленного государством правового договора не учитывают либо не согласуются с уже существующим правовым обычаем), когда не представляется возможным проследить происхождение одного источника от иных. Следует согласиться с точкой зрения Т. В. Гуровой, заявившей, что «законодатель, закрепляя юридически значимые модели поведения и создавая новые, обязательно должен заботиться о согласованности их между собой. Системность позитивного права, таким образом, возникает не сама по себе, а в процессе деятельности людей, заключающейся в объединении и расположении нормативного материала в определенном порядке»¹.

3. Внутри самой совокупности² источников позитивного права нет механизмов по управлению, организации, систематизации, осуществляемым правотворческими и иными государственными органами. При отсутствии последних источники позитивного права не получа-

¹ Гурова Т. В. Актуальные проблемы источников права : дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2000. С. 116.

² Любую систему можно рассматривать как совокупность, но не любую совокупность – как систему. В данном случае речь идет о совокупности как неорганичной системе.

ют формального закрепления, общеобязательности, упорядоченности, иной государственной поддержки.

4. Основные свойства частей системы детерминируются их внутренней структурой, а не структурой целого. У каждой разновидности источников права есть свое собственное строение, влияющее на его свойства. У судебного прецедента – своя структура (структурно судебный прецедент может состоять из трех элементов (изучение фактов, выработка доводов, вынесение самого решения) или двух (*ratio decidendi* – необходимой основы решения, и *obiter dictum* – попутного сказанного)¹, у правового договора – своя, у правового обычая структура вообще может не иметь четкого оформления, зависеть от сферы его действия и социально-культурологических особенностей. Не существует единого образца (гармоничной структуры целого), обусловленного структурой всей системы, по которому определялось бы строение входящих в нее источников права. Это детерминирует относительную независимость любого из элементов системы от системы в целом, а также его возможность занять в процессе правового регулирования свое место, не вступая в противоречие с иными элементами.

5. Не постоянное обновление, но стабильность элементов обуславливает устойчивость системы источников права. Это означает, например, что ничем содержательно не обоснованное частое изменение нормативных правовых актов либо излишнее реформирование законодательства приводят к тому, что общество не успевает перестраивать свое поведение и правосознание под новые стандарты, что, как следствие, ведет к росту правонарушений (часто неумышленных), для борьбы с которыми государству вновь требуется реорганизация и реформы нормативной базы, и так далее, до бесконечности. Такой системе никогда не добиться стабильности. В то время как существующие без трансформаций уже несколько веков судебные прецеденты или правовые обычаи в рамках своих внутренних систем детерминируют их устойчивость.

6. Неорганичные системы, в том числе источники позитивного права в целом, не обладают синергетическими свойствами самоорганизации и самовоспроизведения (однако некоторым формам позитивного права присущи отдельные синергетические качества, напри-

¹ Цит. по: Никишин В. В. Судебный прецедент как источник экологического права Европейского союза и России: сравнительно-правовой анализ : монография / отв. ред. О. Л. Дубовик. М. : Юрлитинформ, 2012. С. 20.

мер, источники обычного права как негосударственной формы права, практически не подвергаются государственному воздействию, получая упорядоченность за счет укорененности в сознании общества, авторитета традиций). Для поддержания существования, о чем уже говорилось, им требуется регулярное государственное вмешательство, реализующееся через их упорядочивание, управление, замену. Источники права в рамках таких систем при взаимодействии со средой не меняют самостоятельно свою структуру. Даже такой источник права, как правовой обычай (правда, в государственных формах права), чтобы полноценно функционировать, должен быть «одобрен» сувереном, т. е. надлежащим образом оформлен, закреплён на материальных (или иных) носителях, приобретая тем самым общеизвестность и общедоступность.

В системе источников позитивного права некоторые сегменты (о чем уже упоминалось) обладают неорганичными свойствами в разных «пропорциях». Так, подсистема источников государственного права полностью является неорганичной. Это объясняется тем, что составляющие ее элементы – нормы, требования, правила и т. д. вообще не могут носить органично-системный характер: не все нормы соблюдаются в обществе. Вышеуказанное говорит о том, что в данной подсистеме функционируют далеко не все ее элементы. Та же их часть, которая работает, соответственно не имеет связи с вышеобозначенными сегментами. Но при этом не происходит полного разрушения, что все-таки свидетельствует о наличии системных связей.

Источники государственного права значимы уже сами по себе, им незначим быть элементами системы, чтобы действовать. Однако они могут функционировать и совместно с другими источниками, что в некоторых случаях будет даже повышать их эффективность (например, бланкетные нормы одного нормативного правового акта, которые отсылают для разъяснения к другим нормативным актам). Данная подсистема источников государственного права действует не на согласованности элементов, а на отсутствии между ними противоречий.

В источниках трех других форм права (индивидуальном, групповом и международном) неорганичные свойства выражены гораздо слабее, а их согласованность носит именно системный характер, не основанный исключительно на непротиворечивости элементов. «Вся сила права в этих формах заложена именно в их согласованности, органичной связанности элементов и функционально (по направленно-

сти), и содержательно»¹. Подсистемы данных форм права более органичны в отличие от государственного права. Большинство их элементов реально функционирует, а нормы исполняются обществом добровольно, на основе авторитета.

Таким образом, источники позитивного права в целом обладают свойствами и признаками неорганичной системы, обусловленной позицией и правопониманием исследователя. Однако не следует забывать о том, что в эссенциальном виде органичная и неорганичная целостности существуют только в абстракции. «Реальное целое объединяет с разной степенью полноты обе эти стороны (органичность и механичность)»², именно поэтому нельзя привести исчерпывающее количество свойств, присущих только органичным системам и не присущих неорганичным. Они диалектически взаимосвязаны и обуславливаются друг другом.

Также в науке выделяют материальные и идеальные системы. Идеальная (или абстрактная) система – продукт человеческого мышления, отражающий реально существующие объекты. Материальная система состоит непосредственно из объектов физического мира. Систему источников позитивного права по данной классификации следует, на наш взгляд, по большинству признаков отнести к идеальным системам, так как она представляет собой абстрактную модель, элементы которой представляют собой образы, отражающие свойства реальных (материальных) объектов: нормативных правовых актов, правовых договоров, правовых доктрин и т. д.

Следует упомянуть о функциональной и содержательной системной взаимосвязи типов источников позитивного права. Традиционно выделяемые в теории права источники: судебный прецедент, нормативный правовой акт, правовой обычай, религиозные тексты и т. д., являясь компонентами системного образования, рассматриваются нами по тексту исследования как типы источников права. Таким образом о них складывается более целостное представление, связанное с возможностью различения типов и видов источников права, особенностей их взаимосвязи.

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 151.

² Проблемы методологии системного исследования / ред. коллегия И. В. Блауберг и др. М. : Мысль, 1970. С. 54.

Типы источников права не только являются сегментами системного образования (системы источников права в целом), но и сами обладают системными качествами. Например, можно выделить самостоятельные системы судебных прецедентов или правовых обычаев, или нормативных правовых актов, состоящие из множества элементарных источников и т. д. Также каждый тип выполняет в системе свою функциональную нагрузку, обладает особыми системными свойствами, определяющими его юридическую природу, роль и место в системе источников права.

Между источниками права одного и того же типа (например, среди судебных прецедентов, правовых обычаев и др.) доминирует (по отношению к содержательной связи) функциональная взаимосвязь, т. е. согласованность и непротиворечивость функционирования на основе единых целей и условий. При «выключении» из данной (функциональной, формальной, механистической¹) системы одного из элементов (за исключением системообразующего) система в целом продолжит существовать (что является условием повышения степени надежности и оптимизации работы системы). В то время как содержательно элементы данной системы могут в ряде случаев и не зависеть друг от друга.

Если же попытаться выявить содержательные и функциональные системные связи между различными типами источников права, то обнаружится доминирование содержательной взаимосвязи. В частности, между нормативным правовым актом по определенному вопросу и решением судьи по конкретному делу (судебный прецедент) возможно выделение системности на содержательном уровне, т. е. на концептуальном, определяющем и сохраняющем саму основу системы источников права уровне. В то же время значение функциональных взаимосвязей в данном случае будет минимально.

¹ В данном контексте следует отличать механичность и механистичность систем. Механичность системы обуславливает ее функционирование по принципу положительной обратной связи, не взаимосвязано с «само»: саморазвитием, саморегулированием и т. п., а объединение частей основывается лишь на полноте их множеств. Имея в виду механистичность системы, мы подразумеваем возможность исключать из данной системы отдельные элементы без «ущерба» для функционирования системы в целом. Механистические системы – системы, допускающие анализ без нарушения своих функций за пределами системы.

При системно-структурном исследовании источников позитивного права нельзя не затронуть особенностей внутреннего строения системы.

Здесь система источников права предстает в единстве трех аспектов существования. В первом аспекте система источников права предстает как связь четырех основных форм права: международного, государственного, группового и индивидуального права¹. Данные формы права позволяют отразить право во всей его многогранности. Они также являются отражением соответствующих форм правовой жизни и сосуществуют по принципу дополнительности; в каждой из форм право охватывает определенные ниши правовых отношений. Например, система источников обычного права позволяет увидеть право в разрезе общественных традиций, авторитетности; группового – в контексте корпоративизма, групповой статусности и др.

Источники государственного права – официальные властные документы компетентного правотворческого органа, направленные на установление, изменение, отмену юридических норм и правовых отношений. Источники международного права – акты (конвенции, договоры, декларации, программы и т. д.), сочетающие в себе легитимность и легальность, т. е. поддержку обществом, народами, этническими группами, и в то же время формальное закрепление в актах, санкционированных государствами. Источники индивидуального права – это конкретные притязания субъектов, являющиеся результатами индивидуальной правовой жизни; они не санкционируются и носят добровольный характер. Источники группового права – притязания индивидов как членов соответствующих социальных общностей, групп, обладающих вполне определенными и устойчивыми статусами и социальными ролями.

Система источников права во втором аспекте предстает как единство трех видов источников – источников появления права, источников действия права и источников изменения права (характеризующих трансформацию всего действующего права или отдельных его элементов)².

Источники появления права являются основаниями конкретных отдельных прав и представляют собой некие перспективы, возможно-

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 110–136.

² Там же. С. 140–145.

сти, которых в правовой среде существует нескончаемое множество, и если на них не оказывает влияние субъект права, и они не отвечают определенным условиям актуализации, то находятся в состоянии покоя. При наличии соответствующих условий и обладающего полной правосубъектностью индивида они из возможности превращаются в действительность, что обуславливает появление отдельного права. Когда это право перестает действовать или отмирает, действительность вновь возвращается в состояние возможности. «Вследствие этого проблема воспроизводства и совершенствования совокупности источников отдельных прав является постоянной как для субъектов правотворчества, так и для «потребителей» права»¹.

Источники действия права становятся очевидными в результате актуализации источников появления права, осуществления первоначального толчка, импульса, «оживляющего» и приводящего право в действие. Эта группа источников связана с обязыванием, запрещением, дозволением (или предоставлением), с правовой оценкой, принуждением и т. д.

В третьем аспекте структуру системы составляют источники отдельных прав (совокупность источников появления и действия права) и источники права в целом (источники изменения права). В контексте системного исследования входящие в них элементы также обладают своими системными свойствами.

Источники права в целом – это источники изменения права, характеризующие трансформацию действующего права. «В их качестве выступает как стихийная, так и целенаправленная, организованная правовая практика (правотворчество), причем не в отдельных своих актах, а в совокупности, как некий качественно определенный процесс»².

«Отдельное право всегда возникает и исчезает. Этих отдельных прав бесчисленное множество, поэтому их совокупность постоянно меняется, более или менее существенно, а в целом процесс появления и убывания отдельных прав, хотя и предположен и обусловлен наличными нормативными средствами, тем не менее, мало управляем и

¹ Малахов В.П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 140.

² Там же.

относительно контролируем; он вполне стихии»¹. Источники отдельных прав включают источники появления и источники действия права.

Перечисленные группы источников в теоретическом аспекте являются прежде всего видами источников права, но в контексте представленного системного исследования входящие в данные группы элементы (источники права) также обладают системными свойствами и образуют системы. В связи с этим полагаем более целесообразным рассмотреть их здесь в качестве систем источников права.

Для источников появления, изменения и действия права существуют разные понятия системности. Так, для источников изменения права вообще трудно говорить о системе в ее обычном понимании. Для них система представляет собой взаимообусловленность и связанность предпочтений. Элементы такой системы могут даже в чем-то конфликтовать, но тем не менее и здесь следует говорить о системе, так как сама сущность источников изменения права во многом противоречива.

Для источников появления права необходимо использовать понятие системы как объединенности элементов на основе общих целей, для источников действия – логической непротиворечивости в элементах, которая наблюдается в построении таких источников действия права, как нормативные правовые акты, в иерархическую структуру на основании различий в юридической силе.

При определении значимости источников появления, изменения и действия права для различных форм права можно прийти к следующим выводам. В юридическом (государственном) праве определяющая роль принадлежит исключительно источникам действия права, т. е. формальным источникам (источникам-формам). Данные источники составляют в настоящее время подавляющее большинство среди всех источников, и абсолютное большинство в государственном праве. Они максимально объективированы и обеспечены государственной властью. Источники права в данном случае предшествуют возникновению правоотношений (право творит правовую реальность) в отличие от иной ситуации во всех неюридических формах права, когда

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 140.

правовая практика (правовые отношения) непосредственно творит право, в том числе создавая его источники.

В групповом праве наряду с источниками действия существенное значение имеют источники появления права (из них – формальные), т. е. признанные в конкретной общности готовые способы действия типового, неситуативного характера. Такие источники признаются, а их нормы сознательно соблюдаются в отдельных социальных сообществах в силу их очевидной целесообразности.

В международном праве наибольшую значимость имеют источники изменения (к примеру, правовая идеология, правовая политика, правотворчество) как источники права в более широком, чем источники отдельных прав, смысле. Для данных источников содержательно имманентны компромиссность, договорный характер отношений между субъектами права.

В индивидуальном праве определяющая роль принадлежит источникам появления отдельного права (из них – содержательным), например конкретному притязанию субъекта права. Такие источники являются результатами индивидуальной правовой жизни, не санкционируются и носят добровольный характер¹.

Возвращаясь к структурному анализу, следует отметить, что первичным элементом системы источников права является единичный источник права, который характеризуется возможностью (потенцией) и субъектом. Последний, как уже было отмечено выше, переводит при необходимых условиях эту возможность в действительное право (единство субъективных и объективных моментов).

Следует пояснить, что при исследовании системы источников права мы не подвергаем анализу все первичные элементы – источники права. Во-первых, по причине их разносторонности, ограничиваясь общей формулой отдельного источника права (возможность и субъект, ее реализующий). Во-вторых, потому что «при исследовании объекта как системы описание элементов не носит самодовлеющего характера, поскольку элемент описывается не «как таковой», а с учетом его места в целом»², что соответственно относится и к позиционированию отдельных источников права в их системе.

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 144.

² Проблемы методологии системного исследования / ред. коллегия И. В. Блауберг и др. М.: Мысль, 1970. С. 16.

Кроме того, при исследовании системы источников права мы старались воздерживаться от излишней формализации, возможной только при конструктивном представлении объекта, за пределами системных исследований, когда последние «умирают» (и, наоборот, системные исследования существуют и возможны только там, где формализация невозможна)¹.

На основе вышеизложенного можно сделать ряд выводов.

Во-первых, в современной юридической теории под системой источников позитивного права часто ошибочно понимают структурное образование, состоящее преимущественно из нормативных правовых актов и основывающееся на иерархическом построении и различиях в юридической силе.

Во-вторых, приведение в единую систему всех источников позитивного права должно осуществляться в контексте широкого правопонимания, при помощи базовых положений и принципов системной методологии, на основе определения общесистемных и иных системных свойств и системообразующих элементов, установления и анализа системных взаимосвязей.

В-третьих, система источников позитивного права является неорганичной, искусственной системой, предстающей в единстве трех аспектов существования (в первом аспекте – как источники индивидуального, группового, государственного и международного права, во втором – источники появления, изменения, действия права, в третьем – источники права в целом и источники отдельных прав), также обладающие собственными системными особенностями, отличными от свойств всей целостности, и оказывающими воздействие на систему источников права в целом.

В-четвертых, знания об основных системно-структурных особенностях источников позитивного права позволят в ходе правотворческой деятельности уменьшить число противоречий и коллизий, быстро и эффективно определять расположение того или иного источника в правовом массиве. Кроме того, данные знания обеспечат в целом улучшение качества правового регулирования, а значит, действия самого права.

¹ Щедровицкий Г. П. Избранные труды. М. : Шк. культ. полит., 1995. С. 82.

1.3. Системное позиционирование универсальных источников права

В предыдущей части монографии мы анализировали источники позитивного права с точки зрения системно-структурного подхода. В данной части исследования необходимо отдельно остановиться на такой разновидности источников права, как универсальные источники, являющиеся базовыми в контексте системной методологии, так как характеризуют право в любых его форме, типе, смысле, воздействуют на все элементы системного образования источников права.

К таким источникам следует, на наш взгляд, отнести противоречие и правосознание¹. «Каковы противоречия, наиболее характерные и существенные для социальной, в том числе правовой жизни, таково и действующее в обществе право; каков человек, таково и право, в котором он действует, существует, на которое может рассчитывать, относительно которого может себя позиционировать»².

Вначале определим сущность данных источников права.

Противоречие как универсальный источник права в целом представляет собой импульс, задаваемый действию права его относительной стабильностью и одновременно – очевидным динамизмом, присущим всем условиям и факторам воздействия на право.

Можно сказать, что впервые серьезно о противоречии как источнике права стали задумываться с момента появления работы Г. В. Ф. Гегеля

¹ Мы говорим здесь о правосознании в контексте широкого правопонимания, отличного от позитивистско-юридического. Разница между ними заключается в том, что правосознание в широком смысле – правовое сознание, объектом которого выступает только право как таковое, в то время как позитивистско-юридическое правосознание по своей природе – формализованное, подвергающее анализу лишь действующие нормы – правила поведения, закрепленные государством.

Кроме того, необходимо отделять правовое противоречие и правосознание от противоречия и сознания как таковых. О первых можно вести речь только после появления самого феномена права как формы общественного сознания, так как в протоправовой период не существовало правовых явлений. Но в рамках нашего исследования в качестве категорий для раскрытия сущности универсальных источников права будут употребляться «правосознание» и «противоречие», как появляющиеся после возникновения права впервые.

² Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 145.

«Феноменология духа» (начало XIX в.), а в дальнейшем – Р. Иеринга «Борьба за право» (вторая половина XIX в.). Оба мыслителя (хотя и придерживались различного правопонимания) утверждали, что конфликт, борьба, противоречие – это источники, первоначала любого феномена, в том числе и права. Уже позже отечественный философ И. А. Ильин отмечал, что правотворчество – есть жизненная борьба за право¹.

Противоречие как конфликт личных субъективных интересов приводит к возникновению субъективных прав и поэтому более значимо для такой формы права, как индивидуальное; противостояние в более широких масштабах обуславливает появление объективного права и соответственно имманентно государственному, международному и иным формам права.

Вторым универсальным источником права является правосознание. В теории права принято следующее определение данного феномена: «Правосознание – это оценка права, существующая в обществе и формирующая определенные надежды и пожелания к правовой сфере, ее изменениям, определяющая, что считать правомерным, а что – нет»². Однако, на наш взгляд, данная дефиниция некорректна, так как отводит правосознанию вторичную, опосредованную роль «стороннего наблюдателя за правом». Мы придерживаемся иной точки зрения, ставя в центр процесса создания и воспроизводства права не исключительно материальные обстоятельства, а самого человека как правовое существо³. Право, полагаем, это не самостоятельное, легко отделимое от субъекта явление. Но только в сознании человека право может твориться, преломляться, осознаваться, воспроизводиться и т. д. При этом слово «человек» здесь употребляется в смысле «правового существа», т. е. такого феномена, которому черты права присущи имманентно, для которого правовое бытие является всеобъемлющим и самодостаточным. «Оно – определенная «ипостась» человека, наряду с его бисоциальностью, моральностью, боговдохно-

¹ Ильин И. А. Собрание сочинений : в 10 т. / сост. и коммент. Ю. Т. Лисицы. М. : Русская книга, 1994. Т. 4. С. 213.

² Бошно С. В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. – 2003. – № 1. – С. 82–91.

³ См. о природе и свойствах правового существа: Малахов В. П. Философия права : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» (030501). 2-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2007. С. 189–202.

венностью, экономичностью, разумностью, историчностью и пр. ... Правовое существо – это человек, бытующий в сетке координат правовой реальности и перестающий быть полноценным человеком, как только он за пределы этой сетки выходит (или выпадает)»¹.

Еще Г. Ф. Пухта в первой половине XIX в. указывал, что источник права – в народном правосознании². Ф. В. Тарановский упоминал, что «источником права в материальном смысле является, прежде всего, субъективное правосознание»³. И. А. Ильин писал следующее: «...нормальное правосознание есть та жизненная сила, которая сосредотачивает в себе достоинство права...та духовная сила, которая является хранилищем и «источником» права...»⁴.

В последнее время в юридической науке также стало появляться все больше работ, в которых правосознание рассматривается как источник права. Так, С. В. Бошно указывает, что хотя «действующее законодательство не содержит отсылок к правосознанию, т. е. непосредственно этот термин не воспроизводится в текстах нормативных правовых актов, но в нем широко используются слова и словосочетания, означающие элементы правосознания (справедливость, разумность, общий смысл права и т. п.). Таким образом, несмотря на отсутствие законодательного закрепления правосознания в качестве формы права, оно действует»⁵. Профессор М. Н. Марченко признает, что «при определенных условиях в качестве источника права выступает правосознание»⁶. Р.-М. З. Зумбулидзе, Р. А. Ромашов, М. В. Баранов, Е. А. Фролова, А. И. Клименко, А. И. Поротиков, В. А. Рудковский,

¹ Малахов В. П. Философия права : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» (030501). 2-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2007. С. 190.

² Цит. по: Тарановский Ф. В. Энциклопедия права : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по юридическим специальностям. СПб. : Санкт-Петербургский университет МВД России, 2001. С. 185.

³ Там же. С. 172.

⁴ Ильин И. А. Теория права и государства. М. : Зерцало, 2003. С. 167.

⁵ Бошно С. В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. – 2003. – №1. – С. 82–91.

⁶ Источники российского права: вопросы теории и истории : учебное пособие / отв. ред. М. Н. Марченко. М. : Норма, 2011. С. 27.

Г. М. Лановая и многие другие ученые придерживаются аналогичной позиции¹.

Ряд авторов называют в качестве источника права волю (созидательное преодоление внешних и внутренних трудностей на пути достижения желаемого действия и поставленной цели), которая также является элементом сознания человека (Г. В. Ф. Гегель утверждал, что источник, почва права – это свободная воля)².

Некоторые авторы подчеркивают переходный характер правосознания, так как оно приобретает собственную регулятивную силу тогда, когда отмененное законодательство ликвидированного строя еще не заменено новым³. При такой постановке вопроса (признании переходного характера) правосознание становится не только вторичным, дополнительным источником права, но и действующим только в конкретные промежутки времени. Однако, на наш взгляд, правосознание не может быть переходным, оно независимо от реформируемого законодательства, как независимо от него и правовое существо, являющееся носителем данного правосознания. Правосознание будет существовать до тех пор, пока человек будет пытаться понять право, давая ему оценки, сравнивая, изменяя, создавая и т. д.

Одной из основных установок правосознания, в определенном смысле коррелирующей и с противоречием, является его негативность. «Признание негативности (негативной установленности) правосознания означает, что механизм приведения правосознания в актуальное состояние связан с появлением ситуаций, которые осознаются как неправоновые. При этом та или иная социальная ситуация

¹ См.: Цит. по: Кузьмин А. В. Правотворческая воля в структуре идеальных источников права // История государства и права. – 2008. – № 9. – С. 2; Обычай в праве : сборник: (Зумбулидзе Р.-М. 3. Обычное право как источник гражданского права; Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте). СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 234; Клименко А. И. Система источников права человека // История государства и права. – 2008. – № 3. – С. 3–6; Лановая Г. М. Источники права: сущность проблемы и основные предпосылки ее разрешения // Ученые труды российской академии адвокатуры. – 2008. – № 5. – С. 7; Фролова Е. А. Историко-философские основы понятия правосознания // Институты государства и права в их историческом развитии : сборник научных статей к 60-летию В. А. Томсина. М. : Зерцало-М, 2012. С. 110.

² Малахов В. П. История политических и правовых учений : учебное пособие для вузов. М. : Академический Проект, 2003. С. 323.

³ Цит. по: Кобзева С. И. Источники права социального обеспечения России : монография. М. : Проспект, 2009. С. 41.

воспринимается как неправовая не в том смысле, что она безразлична праву и не может быть отнесена к содержанию правовой жизни, а в том смысле, что она не обеспечена, не поддержана правом, не вызывает чувства права или воспринимается как нарушенная и даже поправанная, извращенная»¹.

Далее охарактеризуем взаимосвязи универсальных источников права. По принципу взаимодействия правосознание и противоречие в некотором роде аналогичны компьютерной программе-антивирусу. Данная программа устанавливается в операционную систему, и пока последняя работает в нормальном режиме лишь пассивно ожидает («сканирует») возникновение конфликтных ситуаций. Как только будет определен вредоносный объект, антивирусная программа актуализируется для его устранения и возвращения системы в прежнее сбалансированное состояние.

Таким же образом правосознание действует в отношении социальных противоречий. Однако следует помнить, что как компьютерные программы-антивирусы по своей производительности во многом отличаются друг от друга, так и индивидуальное правосознание дифференцировано, у кого-то оно более содержательно, у кого-то – более формально. Но в любом случае без антивирусной программы рано или поздно операционная система выходит из строя, что приводит к потере данных, а значит, невозможности достигнуть самой цели существования компьютера (в нашем случае – права) в целом.

Соответственно вышепредставленной аналогии существование правовых противоречий не может не активировать правосознание. Последнее же способствует нивелированию конфликтных ситуаций. Однако окончательно все противоречия никогда не исчезнут, и данная «операция» будет повторяться вновь и вновь. Такой процесс приводит в теории к перманентному развитию и воспроизводству права.

Два данных универсальных источника права не делимы на стадии правотворчества. Поэтому далее по тексту мы не станем проводить дифференциацию между выделенными универсальными источниками права, и то, что будет говориться о противоречиях, в большинстве ситуаций а priori будет относимо и к правосознанию, и наоборот.

¹ Малахов В. П. Философия права. Идеи и предположения : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальностям «Юриспруденция» и «Философия». М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2008. С. 85.

Системный анализ универсальных источников права будет неполным, если не обратить внимание на их характеристику с точки зрения различных критериев дифференциации и особенностей взаимосвязи различных видов источников права.

В теории права сложилось несколько критериев для деления источников права на виды. Во-первых, выделяют формальные и содержательные источники права. Формальные источники представляют собой готовые способы действия, носящие организующий, неситуативный характер; они являются источниками прямого действия (т. е. действуют с необходимостью, если уж они актуализированы) и не требуют дополнительных условий. Это – формы воплощения права, признанные в конкретной правовой системе, в рамках действия права в той или иной форме. В отличие от формальных содержательные источники права являются движущими силами изменения и появления права; они носят ситуативный, конкретный (например, конкретное отношение между людьми, притязание, правозначимая ситуация) или же программный (идейный) характер; содержательные источники права действуют косвенно, с определенной степенью вероятности и требуют дополнительных условий.

Во-вторых, дифференцируют внутренние и внешние источники права. Под внешними источниками права понимаются такие источники, которые порождены не самим субъектом права, а тем, от чего зависит его существование и действие. Данные источники выступают объективными условиями изменения, появления, действия права. Источники права считаются внутренними, если они проистекают от самого субъекта права, являясь движущими силами его активности (дееспособности). Эти источники являются субъективными условиями действия и появления права¹.

В контексте приведенной классификации правосознание и противоречие относятся к содержательным и внутренним источникам права.

Обосновывая отнесение универсальных источников права к содержательным источникам, В. П. Малахов подчеркивает следующее: «В качестве источника права выступают диалектические, содержательные противоречия; они характеризуют существо реальных правоотношений. Формальных же противоречий в реальных правоотно-

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 141–142.

шениях быть не может. Формальные противоречия могут быть источниками разве что простого отрицания и снятия одной из сторон противоречия, возникающего между отдельными элементами права (например, в противоречие могут вступить различные нормативные правовые акты)»¹.

Правосознание и противоречие – внутренние источники права, так как проистекают непосредственно от самого субъекта права, осознаются и воспринимаются им (правосознание – формируясь в рамках сознания, психики человека, противоречие – будучи в конечном счете порождением природы человека, его деятельности, воли, не существующим помимо человеческого разума), являясь побуждением к активности.

В целях рассмотрения системного позиционирования универсальных источников права заслуживает внимания их связь с основными формами права (юридическим, индивидуальным, групповым, международным правом), поскольку характерные для каждой из форм права противоречия непосредственно отражают их сущность. Выясняя, какое внутреннее противоречие является источником права в конкретной форме, мы обращаемся к обменным процессам, в которых элементы обмена рассматриваются с точки зрения их различности, противоположности, конфликтности, а не связности, взаимообусловленности, взаимореализуемости и пр.²

Государственному (юридическому) праву динамику задает противоречие между государством и гражданским обществом. Государство стремится создать в обществе определенный, «удобный» для самого государства порядок. В то же время гражданское общество – это институт, который контролирует государство с точки зрения соблюдения в этом порядке справедливости.

Базовым противоречием, определяющим сущность группового права, выступают противоречия между социальными группами, между одной социальной группой и обществом в целом или между одной социальной группой и государством.

В индивидуальном праве двигателем является противоречие между индивидами, их конкретными притязаниями.

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 145.

² Там же. С. 147.

В международном праве – конфликт межгосударственных интересов, противоречия, возникающие по каким-либо вопросам между отдельными народами.

Кроме универсальных источников права в теории выделяют также и иные виды: источники появления, изменения и действия права¹ (о которых в качестве одного их структурных аспектов существования источников позитивного права говорилось ранее). При соотнесении с противоречием как источником, характеризующим действительное право как право вообще, т. е. предельно широко, их следует рассматривать в качестве разнообразных форм, способов, средств, побудителей и т. п. разрешения противоречий и определения места человека в правовой жизни общества.

Источники появления права, будучи источниками отдельных, субъективных прав, связаны с разрешением особой формы проявления противоречий – с конфликтами субъектов права, а именно, с конфликтами интересов, притязаний, прав и обязанностей. Характерные для права формы разрешения подобных конфликтов – это компенсация, консенсус, согласие, уступка, воздаяние. Такие противоречия, пожалуй, чаще всего встречаются в повседневной жизни социума.

Источники изменения права – это источники права в целом, поэтому они связаны с разрешением социальных противоречий в обществе. Конечно, это не социально-классовые противоречия резкого характера, а противоречия, которые разрешаются без социальных потрясений, не глобально, в целом, а в каждой конкретной ситуации. Точнее противоречия данного типа можно обозначить как социальную напряженность, что переводит их, в конце концов, в плоскость политической жизни.

Следующим из выделяемых нами видов источников права являются источники действия права. Они связаны с разрешением противоречий между должным и фактическим (содержанием и формой). При этом речь идет как о противоречии между естественным правом (как должным) и правом позитивным (как сущим), так и о противоречии между существующим позитивным правом (как должным) и сложившимся правопорядком, наличными правовыми ситуациями (как сущим). Такие противоречия выступают как постоянно воспро-

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 147.

изводящиеся между нормой и ценностью. Ценностное содержание является активной (содержательной) стороной, нормативная сторона – производна, формальна. Когда общественно-целесообразная деятельность оседает в норму, становится шаблоном, правилом, тогда норма теряет свою динамику и начинает выполнять консервирующую, ретранслирующую роль. А поскольку ценностная сторона права является ситуационной, постольку всегда возникает столкновение между существующими нормами, постольку в любой из них конкретная ситуация отражена лишь частично, ограниченно.

Источники появления и источники изменения права актуализируются посредством снятия или саморазрешения противоречий часто без внешнего вмешательства, в то время как для источников действия права всегда характерно принуждение, применение силы, государственная «интервенция».

В. П. Малахов указывает, что «важно знать также противоречия, определенные историческими периодами или культурными особенностями. Так, с XVIII в. источником развития отечественного права (в его юридической, государственной форме) является преломленное в России противоречие между Западом и Востоком как между цивилизациями механического и органического типа. При этом юридически оформленное право выталкивается на поверхность, а весь массив правовой жизни погружается в совершенно другое измерение – в традиционную культуру правовых отношений»¹.

В Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии в последнее время не прекращаются «столкновения» между исторически сложившимися в рамках данной правовой системы источниками права – судебными прецедентами и все более набирающими «популярность» нормативными правовыми актами. Такие конфликты обуславливаются тем обстоятельством, что желание государства стать частью глобального правового пространства связано с необходимостью признания им примата нормативных правовых актов как общепризнанных и в целом доминирующих источников права. Поэтому, чтобы не потерять авторитет на мировой арене, власти Великобритании все больше отдают приоритет нормативным правовым актам, создаваемым законодательными органами, оставляя судебному

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 147.

прецеденту роль уже не актуального символа классической английской правовой семьи.

Таким образом, на основе вышеизложенного целесообразно, во-первых, отметить, что универсальные источники права (правосознание и противоречие) представляют собой такие источники права, которые характеризуют право в любых форме, виде, типе, смысле и т. п. и соответственно взаимосвязаны с большинством элементов системы источников права.

Во-вторых, исследование основных свойств и особенностей соотношения универсальных источников права с иными видами источников, их позиционирования в различных формах права в контексте системного анализа, а также многогранность данных явлений, в определенной степени коррелирующая с многогранностью самого права, позволяет отразить действующее право в наиболее широком контексте, как право вообще.

1.4. Системные особенности источников обычного, международного и государственного права

На наш взгляд, именно обычное, международное и государственное право заслуживает особого внимания как формы права в целом, наиболее ярко демонстрирующее соотношение содержательной совокупности элементов, основанной на авторитете традиций (источников обычного права); функционирующих лишь на механической, внешневластной государственной основе источников государственного права; и ценностно обогащенных и синтезирующих отдельные признаки источников обычного и государственного права, источников международного права, а значит, наиболее полно отражающие разносторонность и многоаспектность ключевых для теории права категорий – «источник права» и «система источников права»¹.

Индивидуальное право, как одна из базовых форм права, также обладает своими источниками, большинство из которых составляют

¹ Обозначенные формы права (обычное, международное и государственное) являются формами позитивного права, однако представляют последнее в контексте широкого правопонимания. Это, в частности, отличает системные особенности источников позитивного права в целом, рассмотренные нами во втором разделе работы с позиции узкого правопонимания, от приведенных в данном разделе характеристик источников обычного, государственного и международного права.

притязательные акты. Однако, во-первых, данные источники в отличие от источников трех вышеобозначенных форм права не являются определяющими для содержания индивидуального права, они являются значимыми лишь для конкретного субъекта права. Во-вторых, у источников индивидуального права вследствие высокой вариативности, обусловленности субъективными факторами затруднительно выявить определенные закономерности, особенности, в том числе системные. Кроме того, источники индивидуального права вследствие своего обособленного положения имеют наименьшее количество «точек соприкосновения», связей и объединяющих признаков с иными формами права. Особенно это актуально в отношении источников индивидуального и государственного права, во многом противоречивых, и даже в определенной степени противоположных друг другу. В связи с вышеобозначенным исследованию подвергаются системные характеристики иных базовых форм права: государственного, обычного и международного права.

Вначале необходимо дать характеристику трем данным формам права, основные признаки и свойства которых зависят, в том числе, от признаков и свойств их источников, а значит, могут в силу диалектической взаимообусловленности дать определенное представление об особенностях источников государственного, международного и обычного права.

Государственное право как форма права представляет собой юридическое, позитивное, установленное, неперсонифицированное, документированное, официальное, узаконенное, формальное право. Государственное право – это право самого государства, являющееся выражением его интересов и воли, сквозь призму которых отражаются, по существу, вторичные для данной формы права, интересы общества и личности.

Обычное право является групповым правом, по природе – неофициальным, неузаконенным, неформальным, негосударственным. Данная форма права в значительной мере содержательна в отличие от государственного права. Обычное право выступает не только как совокупность правовых обычаев, но и как механизм обычного порождения и воспроизводства правоотношений.

Международное право представляет собой межобщностное право, носящее компенсирующий характер, самоорганизующееся культурно-правовое образование. Эта форма права содержит в себе и фор-

мальные (присущие, прежде всего, государственному праву) признаки, и неформальные (наиболее ярко представленные в обычном праве), что позволяет говорить в целом о ее интегративном характере. Последний, кроме того, подтверждается наличием в научной литературе позиции (мы склонны с ней согласиться), в соответствии с которой международное право существует в двух формах: как собственно международное (т. е. ярко выраженный культурный феномен, функционирующий на основе признания и характеризующийся добровольностью, компенсационностью, центробежностью и т. д.)¹ и межгосударственное право (т. е. результат целенаправленной организованной деятельности государств, характеризующийся целостремительностью, высокодинамичностью и т. д.)², о чем далее в работе речь будет идти более подробно. Здесь только подчеркнем, что межгосударственное право соотносится с собственно международным правом, как явление с сущностью, т. е. первое переводит второе из общепризнанного в действующее право, объективирует и формализует его, что постепенно может привести к переходу собственно международного права в межгосударственное. Таким образом, одно из проявлений международного права не может существовать без другого, а их различия устанавливаются преимущественно на теоретическом уровне.

Помещая в основу исследования особенности источников обычного права, как наиболее авторитетных, содержательных, соответствующих принципам и духу права, эксплицируем системные характеристики источников трех данных форм права.

Под основным источником обычного права – правовым обычаем – мы понимаем «более или менее устойчивые, исторически сложившиеся правила (нормы) общественного поведения людей, их образа жизни, быта, которые устанавливаются в обществе в результате многократного применения этих правил людьми, передаются ими от поколения к поколению и охраняются силой общественного мнения»². Говоря о признаках обычая, следует обратиться к критериям, выделенным еще в 1765 г. известным английским юристом У. Блэкстоном,

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 128–129.

² Шебанов А. Ф. Форма советского права. М. : Юрид. лит., 1968. С. 46.

а именно, правовой обычай должен соответствовать следующим условиям:

- древность возникновения (существование «с незапамятных времен» (since «time immemorial»), т. е. до 1189 г. – начало правления короля Ричарда I Львиное Сердце; данное условие было установлено законом 1265 г.);

- разумность – правовой обычай не должен противоречить общепринятым представлениям о правовом и неправовом, добре и зле и т. п.;

- непрерывность – источником права может признаваться лишь тот обычай, который не прерывался, причем непрерывность не означает постоянное следование ему, достаточно общепризнанного существования;

- определенность и ясность – правовой обычай как источник права должен быть конкретным и содержательно понятным для всех членов социума;

- нормативность – правовой обычай должен порождать как права, так и коррелирующие им обязанности, закрепляемые в общеобязательных правилах поведения – нормах;

- локальность – территориальная ограниченность действия правового обычая;

- естественность происхождения – правовой обычай возникает не в силу распоряжения властей, договоренностей и т. п.¹

Именно такими характеристиками, по нашему мнению, должен обладать правовой обычай как источник обычного права.

Базовый источник государственного права – это нормативный правовой акт (закон), представляющий собой официальный властный документ компетентного правотворческого органа, или народного собрания (референдума), направленный на установление, изменение, отмену, утверждение юридических норм и правовых отношений.

В отличие от источников двух вышеобозначенных форм права (государственного и обычного) источники международного права (конвенции, договоры, декларации, программы и т. д.) являются комплексными (смешанными), так как основная особенность международного права (о чем уже упоминалось) – наличие свойств, имманентных и государственному праву (преобладает в межгосударственной форме), и обычному праву (преобладает в форме собственно ме-

¹ Романов А. К. Право и правовая система Великобритании : учебное пособие. М. : ФОРУМ, 2010. С. 123.

ждународного права). В источниках международного права сочетаются легитимность и легальность, т. е. поддержка обществом, народами, этническими группами (характерно для собственно международного права), и в то же время формальное закрепление в актах, санкционированных государственным принуждением (характерно для межгосударственного права).

Далее, следуя принципам методологии системного исследования, необходимо выделить присущие источникам данных форм права системообразующие элементы, общесистемные и иные системные свойства. Начнем с системы источников обычного права.

1. Источники обычного права обладают, хотя и в небольшой степени, организованностью, так как направлены на упорядочивание жизни социума, установление баланса взаимоотношений, выступая в качестве механизма обычного воспроизводства и порождения правоотношений и правопритязаний.

2. Элементы рассматриваемой целостности (источников обычного права) множественны и когерентны, т. е. существует достаточно большое количество правовых обычаев, связанных друг с другом общими целями и задачами.

3. Свойства совокупности правовых обычаев в целом не равнозначны свойствам ординарного обычая, и вследствие этого можно заключить, что данное образование в определенной степени обладает эмерджентностью.

4. Наличие общественного признания и авторитетность детерминируют такие особенности источников обычного права, как положительная, линейная обратная связь с внешней средой, т. е. взаимообусловленность правовых обычаев и жизнедеятельности социума¹, что не столь характерно для совокупностей источников государственного и международного права в форме межгосударственного, обладающих в большей степени отрицательной, нелинейной когеренцией вовне. Но при этом такие связи не препятствуют наличию и поддержанию внутреннего гомеостаза данной целостности, так как «входящие сигналы» органично влияют на внутреннюю среду системы источни-

¹ Источники обычного права активно взаимодействуют со средой, не только получая от окружения (используя категории системной методологии) информацию и вещество, но и, в свою очередь, оказывая влияние на среду, изменяя ее в направлении, обеспечивающем более успешное функционирование системы источников.

ков обычного права, не доминируют над «исходящими сигналами» и не деформируют самоорганизующиеся структуры.

5. Правовые обычаи слабо структурированы (не имеют жесткой иерархии, подсистем, иных блоков строения), что в определенной степени компенсируется их органичностью.

6. В качестве системообразующего элемента для источников обычного права можно назвать общественный авторитет.

Проанализировав общесистемные свойства источников обычного права, следует отдельно остановиться на их уникальных свойствах и особенностях.

Необходимо отметить, что обычай как источник права встречается не только в обычном, но также в государственном и в международном праве. Однако основной особенностью правового обычая в обычном праве является то, что он основывается исключительно на доверии общества: обычаи «признаются и соблюдаются из уважения к авторитету вождя или потому, что вызывают к духу предков или других сверхъестественных сил, или просто потому, что решение или регулирование считаются действительно разумными и справедливыми»¹.

Ряд исследователей, тем не менее, полагают, что «независимо от соотношения обычаев с высокой степенью императивности их предписаний (общепринятых в общине в качестве «юридических правил» поведения) и с меньшей степенью императивности их норм обычаи лишь в том случае получают правовое значение, когда они в какой-то форме санкционированы государством: восприняты правоприменительными органами (судами) или на них имеется ссылка в законе»².

Мы не в полной мере согласны с данной позицией и присоединяемся к мнению Г. И. Муромцева, утверждающего в отношении обычного права, что обычай может считаться правовым не только в силу санкции государства, но и вследствие признания его известной этнической общностью, племенем, кастой и т. д. «То, что современный юрист не считает правом, – пишет он, – порой рассматривается тако-

¹ Ллойд Д. Идея права / пер. с англ. М. А. Юмашева, Ю. М. Юмашев; научный редактор Ю. М. Юмашев. 5-е изд. М. : КНИГОДЕЛ, 2009. С. 240.

² Цит. по: Цыганов А. В. Проблема понимания форм права в современной России; их соотношение с источниками права // Российское право в период социальных реформ. Сборник научных трудов аспирантов, соискателей и молодых ученых. Н. Новгород, 1998. С. 80.

вым с традиционных позиций»¹. Именно общественный авторитет, в гораздо меньшей степени присущий государственному и межгосударственному праву, можно назвать системообразующим элементом для источников обычного права.

В связи с вышесказанным надо отметить, что еще одной особенностью источников обычного права является возможность «трансформироваться» в юридические обычаи государственного или международного права. Так, правовой обычай, получая нормативное формальное закрепление, санкционирование и поддержание государством, становится юридическим обычаем – частью иной формы права, в рамках которой он практически не отличим (по основным приобретенным качествам) от доминирующего источника – закона.

Кроме того, государство иногда сознательно прибегает к процедуре легализации правового обычая и закрепления его либо полностью как закона с соответствующим переименованием, либо его отдельных фрагментов в самостоятельных нормативных правовых актах для получения большей легитимности, используя при этом обычаи, которые не ограничивают его власть и одновременно пользуются уважением в обществе. Ф. Энгельс писал по этому поводу следующее: «На известной, весьма ранней ступени развития общества возникает потребность охватить общим правилом повторяющиеся изо дня в день акты производства, распределения и обмена продуктов и позаботиться о том, чтобы отдельный человек подчинился общим условиям производства и обмена. Это правило, вначале выражающееся в обычае, становится затем законом»².

В связи с этим следует отметить, что правовой обычай в последнее время приобрел тенденцию к переходу от обычного права в такую форму, как государственное право, теряя как свою сущность, так и свое содержание, что отчасти обусловлено этатизацией современной жизни.

Подобные трансформации практически не присущи источникам государственного права, появление, изменение и отмена которых находятся в основном во власти государственного аппарата, и в меньшей степени имманентны источникам межгосударственного права.

¹ Цит. по: Обычай в праве : сборник (Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права; Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте). СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 124.

² Маркс К., Энгельс Ф. Собр. соч. в 50 т. 2-е изд. Т. 18. С. 272.

Правовой обычай формируется внутри социума либо иной общности вследствие наступления определенного казуса. В ходе его многократного повторения применяется один и тот же инструмент гармонизации общественных отношений (обычай), который со временем входит в привычку, приобретает общественный авторитет и закрепляется в сознании. В связи с этим источники обычного права более гибки, ситуативны, чем источники государственного и международного права, выражают волю большей части общества (а не только авторов законов) и, по словам Ф. В. Тарановского, всегда находятся на уровне вечно движущейся жизни, приноравливаются к ней, охватывают все ее стороны¹. «Обычай – это способ формирования живого права: все юристы признают и хвалят его гибкость. Презрение, жертвой которого он является, меньше проистекает от его «архаизма» (удобного предлога при условии хорошего подбора его примеров) нежели от того факта, что он может ускользнуть от государства и его руководителей в период становления, когда он действительно популярен»².

Однако правовые обычаи менее формализованы (отсутствуют иерархическая соподчиненность, централизация, обязательное закрепление в унифицированном порядке в соответствующей форме, в виде материальной конструкции, отвлеченной от содержательной стороны данного феномена), что выражается также в возможности фиксации как в письменной, так и в устной формах.

По вопросу образования обычного права в науке сложилось, с точки зрения Ф. В. Тарановского, два подхода. Первый подход получил название теории стихийного образования обычая. Суть данного подхода в следующем: лежащее в основе обычного права однообразное массовое поведение людей складывается стихийно и инстинктивно, так что отдельный индивид не выступает в этом процессе в качестве самостоятельного творца. Одним из основателей данного подхода признается Г. Ф. Пухта. Второй подход, по мнению Ф. В. Тарановского, представлен теорией первоначального индивидуального творчества. В соответствии с данным подходом обычай формируется не стихийно, но путем первоначальной творческой и рациональной дея-

¹ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 195.

² Разуваев Н. В., Черноков А. Э., Честнов И. Л. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы : монография / под общ. ред. И. Л. Честнова. СПб. : ИВЭСЭП, 2011. С. 80–81.

тельности более сильных индивидов, за которыми следовала затем уже масса в силу свойственного ей стихийного стремления к подражанию¹. Сторонниками данной точки зрения являлись Г. Тард, В. И. Сергеевич и др.

Однако следует, на наш взгляд, проявить солидарность по отношению к позиции Ф. В. Тарановского, который полагал наиболее целесообразным синтез данных подходов, утверждая, что «между двумя приведенными теориями нет непримиримого противоречия и их можно сочетать. Вполне допустимо, что в одних случаях однообразное массовое поведение слагалось стихийно, в других пионерами выступали отдельные индивиды, за которыми следовала масса в силу стихийного инстинкта подражания»². Кроме того, возможны ситуации, когда правовые обычаи в силу механизмов самоорганизации складывались на иррациональных основах (сознанию не были доступны принципы работы данного механизма). Однако в дальнейшем такой обычай получал достаточно рациональное объяснение и приобретал понятный, а порой даже прагматичный смысл³.

Говоря о таком системном свойстве, как органичность, необходимо согласиться с тем обстоятельством, что на степень органичности источников различных форм позитивного права непосредственное влияние оказывает имманентность им «духа» и принципов естественного права. Так, например, правовой обычай в рамках обычного права реально основывается на признаваемых всем обществом ценностях. В отличие от него закон или упоминавшийся ранее юридический обычай, или иные источники государственного и межгосударственного права в основном только обозначают их, не всегда приобретая, а порой, как в случае с легализацией обычая, и теряя общественную поддержку. Вследствие этого данные источники лишаются естественно-правовых, органичных начал⁴. Для обычного же права не требуется признания социума – оно по своей природе «выросло» из него и всегда с ним связано. «Обычай укореняется в сознании обще-

¹ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 186.

² Там же. С. 186–187.

³ См.: Обычай в праве : сборник (Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права; Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте). СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 274.

⁴ Хотя для закона и свойственно в целях получения легитимации общества идеологическое стремление к недостижимому для него – естественному праву.

ства на ментальном уровне, а его утилизация невозможна без изменения психического склада всего народа»¹.

Вышеобозначенным обуславливаются органичный, немеханический характер системы источников обычного права (в отличие, например, от источников позитивного права в целом), ее способность к самовоспроизводству и неорганичность, необходимость во внешнем упорядочивании источников государственного права.

В то же время источники международного права базируются на добровольности, компромиссе, почти исключая государственное принуждение. Так «...нарушения признанных норм международного права отдельными государствами имеют свои различные последствия, весьма напоминающие по своему механизму и содержанию санкции, но здесь применять санкции – не значит принуждать в точном смысле слова»². Поэтому следует подчеркнуть относительно органичный характер источников собственно международного права и относительно неорганичный – межгосударственного.

Источники обычного права, несмотря на упоминавшиеся гибкость и ситуативность, обуславливающие определенную энтропию (т. е. меру беспорядка или неопределенности в системе, вследствие стихийности образования), в то же время относительно неизменны в том смысле, что они гораздо в меньшей степени, чем источники иных форм права (например, законы), подвергаются процедурам отмены или изменения и направлены на гармоничное аккумулярование правовых норм, что детерминирует относительную устойчивость (гомеостатичность) системы источников обычного права.

Традиционно в теории права, начиная с трудов представителей исторической школы, утверждающих значимость правового обычая³

¹ Асагиев А. Р. Правовой обычай в системе российского права : материалы Пятой межрегиональной научной конференции «Студенческая наука – экономике России». Ставрополь, 2005. С. 23.

² Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 116.

³ Под правовым обычаем здесь мы понимаем источник права в обычном праве, т. е. обыкновение, практически независимое от государства. Хотя необходимо еще раз подчеркнуть, что в государственном и международном праве также существует обычай, однако там он лишь формируется независимо от суверена, но чтобы приобрести общеобязательность, он должен быть одобрен и зафиксирован законодательной властью. Так, по сути, в первом случае речь идет о правовом обычае в подлинном смысле слова, а во втором – о юридическом, законодательном обычае.

над иными источниками права, сложилось положение, в соответствии с которым обычное право – первая появившаяся форма права, а правовой обычай – первый источник права. «Характер записи обычного права имеют все почти древние юридические памятники, как, например, Русская правда, так называемые варварские законы, Саксонское и Швабское Зерцала и т. п.»¹. Эта позиция популярна и в среде современных исследователей. Так, Н. В. Разуваев полагает, что «обычай являлся древнейшим из источников права, зародившимся еще в первобытную эпоху, до появления письменности»². Придерживающиеся данной точки зрения ученые полагают, что именно на основе обычного права и его источника – правового обычая в дальнейшем дифференцировались иные формы права и их источники. Действительно, первые законы, принимавшиеся государством на ранних стадиях развития, в значительной мере представляли собой свод обычаев, существовавших еще в родовом обществе. Основывались на обычаях и некоторые законы, которые принимались королями в эпоху раннего феодализма.

Однако, на наш взгляд, о первичности обычая можно говорить, только сравнивая его с законом, как источником государственного права, но по отношению к другим источникам права его положение не будет столь однозначным. Так, ряд авторов, позицию которых мы разделяем, ставят под сомнение первичность правового обычая, утверждая приоритет судебного прецедента либо в некоторых работах судебной практики. Ф. В. Тарановский полагал, что «прецедент кладет начало и юридическому обычаю»³. По словам Е. Н. Трубецкого, «в сущности обычай сводится к прецеденту: он есть не что иное, как множественный прецедент. В самом деле ясно, что все юридические нормы, относимые к обычаю, первоначально сложились не на основе механизма обычая, а на основе механизма прецедента: так называемые юридические обычаи возникали по поводу единичных случаев; возникшее таким образом правило затем применялось к ряду однородных случаев и становилось обычаем. Обычай, таким образом, только скреплял правило, возникшее путем прецедента; иначе говоря, обычай есть многократно повторявшийся прецедент»⁴. Р.-М. З. Зумбулидзе пишет о том, что процесс формирования обычного права

¹ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 188.

² Разуваев Н. В., Черноков А. Э., Честнов И. Л. Указ. соч. С. 9.

³ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 187.

⁴ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1909. С. 98–99.

тесным образом связан с деятельностью судебных учреждений. Более того, существуют исторические подтверждения того факта, что не обычное право как таковое, а именно судебные решения являются более древними источниками права¹. По этому поводу Г. С. Мэн заявил следующее: «Самые ранние понятия, связанные с идеей права, были так называемые фемиды, т. е. внушенные свыше решения судебных споров главой племени или другими авторитетными лицами, произносившими право на каждый отдельный случай»².

Из этого очевидно, полагаем, что в определенной степени ранее появился прецедент, т. е. решение по конкретному вопросу, которое затем многократно применялось в аналогичных ситуациях и становилось обычаем. Обычай может сложиться, только если он уже выступал в роли казуса (конкретного разрешения конфликта), применялся на основе механизма прецедента и только после этого, получив общественное одобрение, стал традиционным решением.

В случае санкционирования прецедентов и соответственно являющихся их «следствием» правовых обычаев, племенными, общинными и иными догосударственными образованиями, выполнявшими функцию разрешения споров и конфликтов, такие источники права становились частью обычного права.

Но после возникновения государства, применяясь судьями уже от имени последнего, судебный прецедент и юридический обычай становятся частью государственного права (о чем уже ранее упоминалось). Однако этого нельзя сказать в отношении существующих и поныне правовых обычаев, санкционированных общностью или ее представителями как носителями традиционно-обычной информации и являющихся источниками обычного права как формы права в целом.

Закон и государственное право, так же, как и международное право со своими источниками, исторически появились позднее обычного права и обычаев (после зарождения государства). Именно влиянием государства и его политических интересов (хотя и разнившихся в зависимости от эпохи, однако практически всегда обладавших приоритетом по отношению к интересам общества) обусловлено практически полное отсутствие органичности в совокупности источников го-

¹ См.: Обычай в праве : сборник (Зумбулидзе Р.-М. 3. Обычное право как источник гражданского права; Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте). СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 52.

² Цит. по: там же. С. 52.

сударственного права и ее «дефицит» в источниках международного права.

Совокупность источников обычного права более открыта, чем государственного и даже международного, что проявляется в ее тесной связи с иными социальными регуляторами (моральными и религиозными нормами): «...обычай не должен противоречить нравственности: общество не может признавать прав, несовместных с доброй нравственностью»¹. Кроме того, «большую роль в возникновении обычных норм играют национальное самосознание, традиционный уклад жизни, утвердившиеся верования и религиозные догматы, существующие формы поведения граждан»². Международное право, так же, как и обычное, базируется на общечеловеческих ценностях, правовой культуре, но требует окончательного формального закрепления, аналогичного государственному праву.

Еще одним свойством обычая является этническая, но не государственная и не территориальная привязанность: «...нормы обычного права ограничены кругом членов общности, пространственно-временная определенность отсутствует...»³.

Согласимся с А. И. Поротиковым, отмечающим, что «обычай как никакой другой источник права конвенционален, его существование прямо зависит от того, насколько он признается большинством. Эта конвенциональность предполагает наличие общих занятий, интересов, взглядов, разделяемых всеми членами группы (профессиональной, сословной и пр.), что подразумевает в свою очередь некоторую однородность среды, в которой обычай имеет хождение...Отсюда еще одно качество обычая – ограниченный характер действия, его партикуляризм»⁴.

Говоря о социально-культурологических характеристиках правового обычая, также следует отметить, что он издревле был характерен для римского права (знаменитое определение римского юриста Уль-

¹ Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. М. : Статут, 1997. Ч. 1. С. 45–46.

² Гаджинова Ф. М. Указ. соч. С. 121.

³ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 134.

⁴ Обычай в праве : сборник (Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права; Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте). СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 258.

пиана гласило: «Обычай – это молчаливое согласие народа (*tacita civium convention*), оформившееся в долгом привычном поведении»¹, затем его реципировали страны романо-германской правовой семьи, и сейчас он в силу приоритетности гражданского общества имманентен странам Западной Европы.

«Вместе с тем для стран англо-саксонской системы права обычай как самостоятельный юридический источник права нехарактерен в принципе, так как признанность (санкционирование) обычая государством в качестве юридического источника происходит в виде его применения судами и в последнем случае обычай становится судебным прецедентом, как бы поглощается последним и тем самым становится составной частью общего права»².

Довольно долгое время правовой обычай служил и в России в качестве одного из основных источников права, применяющегося прежде всего в волостных, крестьянских судах. Однако в начале XX в., а точнее после революции октября 1917 г., стал очевиден рост числа нормативных правовых актов и в целом доминирование государственного права. Рост тоталитаризации государства закономерно приводит к желанию власти все «зарегулировать» с помощью основного инструмента – закона.

«В советской юридической системе правовым обычаям отводилась весьма скромная роль. Они действовали лишь в порядке исключения. В тот период при плановой организации всей жизни общества и в первую очередь народного хозяйства законодатель пытался урегулировать все социальные отношения с помощью нормативно-правовых актов... Более того, многие обычаи были объявлены пережитками феодально-буржуазного прошлого и велась целенаправленная работа по их вытеснению»³. Обычай сохранял в советский период некоторую значимость лишь в той мере, в какой он необходим или полезен для толкования и применения закона, или в тех немногочисленных случаях, когда сам закон отсылает к обычаю, отводя ему определенную сферу. Эта незначительная роль обычая полностью противоречила русской традиции⁴.

¹ Разуваев Н. В., Черноков А. Э., Честнов И. Л. Указ. соч. С. 9.

² Цит. по: Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Указ. соч. С. 41.

³ Бабай А.Н. Становление и развитие отечественной концепции источников права // История государства и права. – 2010. – № 14. – С. 44–48.

⁴ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М. : Международные отношения, 2009. С. 172.

Правовые обычаи как источники обычного права часто вступают в «конфликт» с нормативными правовыми актами государственного права: «обычай отражает обыденное народное понимание принципа справедливости, что нередко противоречит существующей в законе трактовке данного принципа»¹. Кроме того, часто антагонистичны взаимоотношения законов и обычаев и в рамках непосредственно государственного права (характерно в основном для стран с традиционными системами права, содержащими интерперсональные нормы: в таких государствах сила правовых обычаев порой настолько велика, что способна отменить действие закона). Такие обычаи получили наименование *adversus legem* (против закона)². Также существуют правовые обычаи *secundum legem* (в дополнение к закону), служащие конкретизации норм, и *praeter legem* (кроме закона), применяющиеся при наличии пробелов в законах.

Так, можно сказать, что источники обычного права представляют собой в большей мере органичную систему, а вышеперечисленные системные характеристики являются свойствами данной системы в целом.

Далее охарактеризуем общесистемные свойства источников государственного права (законов, ведомственных актов и др.).

1. Данные источники когерентны и множественны, т. е. весь массив существующих актов логически взаимосвязан и обусловлен целями и задачами правотворчества.

2. Они обладают организованностью – отлаженностью, спланированностью (прежде всего, на основе принципов юридической техники), направленных на достижение общей цели (воспроизводство государственного права и поддержание государственной власти в целом).

3. Источники государственного права имеют достаточно четкую структуру (например, нормативные правовые акты – иерархию на основе различий в юридической силе и уровне санкционировавшего их правотворческого органа), обеспечивающую простой поиск источников права, их изменение и дополнение, удобную для государственной правотворческой деятельности унифицированную форму.

4. В определенной степени данные источники взаимодействуют с внешней средой. Однако в целом данная связь является отрицатель-

¹ Асагиев А. Р. Указ. соч. С. 23.

² В Италии, например, в навигационном праве морской обычай превалирует над нормой Гражданского кодекса.

ной, нелинейной (единственным внешним фактором, влияющим на данную совокупность, является государство, сама же совокупность ни на государство, ни на внешнюю среду практически не влияет).

5. Целостность источников государственного права суммативна или аддитивна, что означает следующее: свойства такой целостности равны сумме свойств ее компонентов. Соответственно при увеличении или сокращении количества компонентов система не претерпевает заметных функциональных изменений, но может изменять свои размеры и границы.

К системным свойствам источников государственного права также следует отнести нижеуказанные:

- гомеостаз – обеспеченная правотворческой политикой государства путем правового реформирования, контроля и мониторинга законодательства, с помощью упорядочивания и согласования источников права, способность противостоять изменениям и сохранять относительно постоянное состояние состава данной совокупности;

- формальность – высокая степень унификации, обязательности официального, проводимого по единым правилам и процедурам закрепления норм права в данных источниках и самих источников в структуре права, детальная упорядоченность, закреплённость и общеобязательность под воздействием силы, принуждения, страха ответственности при одновременной второстепенности содержания данных норм и сути источников права в целом;

- гомогенность (однородность по составу и происхождению) источников государственного права заключается прежде всего во всеобъемлющем характере и высокой степени государственного воздействия, наиболее «удобными» для которого являются стандартные официальные образцы-формы, носители норм государственного права, по сути, и являющиеся источниками государственного права;

- предсказуемость, как свойство совокупности источников государственного права, связана и детерминирована тремя их предыдущими особенностями, заключается в закономерных и легко прогнозируемых вследствие очевидности законодательной политики тенденциях, затрагивающих источники данной формы права и само юридическое право в целом;

- закрытость, исчерпывающий характер источников государственного права, связанный с аналогичностью источников данной фор-

мы права правилам игры, практически полным отсутствием когеренции с моральными нормами;

– механичность, представляющая собой отсутствие органичных начал в рассматриваемой совокупности, внутренних источников развития, способностей к самоуправлению, доминирование внешнего управления в лице государственных органов и должностных лиц и т. д.

Отсутствие системообразующего элемента компенсируется государственным влиянием.

Кроме того, для источников государственного права свойственно следующее: они образуются не казуально, а детерминировано, обусловлены принуждением, базируются на государственном авторитете, принимаются по наиболее значимым (чаще – публичным) вопросам. Такие источники всегда документально оформлены в виде актов государственно-властного характера.

Следует отметить, что закон, как основной источник государственного права, характеризуется ярко выраженной политико-юридической направленностью. Он появился одновременно с государством, поддерживаемый страхом привлечения к ответственности и наказания, а государство, являясь политическим институтом, принимая решения и издавая законы, не может не придерживаться существующих политических реалий. Поэтому законы служат не только удовлетворению интересов социума, но и преследуют определенные политические цели. Данный источник появляется, изменяется и отменяется государством не столько на органически вытекающей из потребностей общества основе, сколько по желанию политической элиты.

Особую актуальность в России, как уже подчеркивалось, закон приобрел в советский период. Юристы того времени стремились к популяризации данного источника путем критической оценки иных источников права. Так, профессор С. Л. Зивс сделал радикальные выводы относительно правового обычая, заключающиеся в том, что обычное право расплывчато, дает возможность произвольного толкования судьями, сохраняет консервативные тенденции¹. А. Ф. Шебанов отмечал, что «в современный период форма советского права образуется исключительно нормативно-правовыми актами», и что «с построением социализма советское право вообще не знает случаев допущения правовых обычаев»².

¹ Зивс С. Л. Источники права. М., 1981. С. 153.

² Шебанов А. Ф. Форма советского права. М. : Юрид. лит., 1968. С. 48.

Доминирование закона над иными источниками права характерно в России и для настоящего времени. Элементы традиционализма (по природе актуальные для источников негосударственных форм права), которые можно усмотреть в национальном современном государственном праве, или имеют всего лишь сакраментальный характер, или же сохраняются в силу сознательного использования, в том числе для придания государственному правлению оттенков традиционной легитимности¹.

В современных европейских странах в отличие от России наблюдается гармоничное сосуществование негосударственных источников права с нормативными правовыми актами. Однако если ранее, например, правовой обычай охватывал почти все сферы жизни общества, то теперь он распространен только в частной сфере, так как в области публичного правопорядка, подчиненного императивному регулированию, он составлял бы известную конкуренцию государственному доминированию².

Р. Давид в связи с этим писал следующее: «Более точным представлением о роли обычая станет тогда, когда возродят традицию и перестанут отождествлять право и закон. Если понимать закон лишь как одно из средств (главное в наши дни) для выражения права, то ничто не мешает признанию наряду с законодательными актами полезности других источников. И среди этих последних важное место займет обычай: естественно и даже необходимо учитывать обычное поведение людей, чтобы установить то, что объективно считается в обществе справедливым»³.

Так как источники государственного права, как уже было указано, лишены органических и синергетических свойств (способности к саморазвитию, самоуправлению, связанной с отсутствием потребности в подавляющем государственном вмешательстве), в них отсутствуют некоторые общесистемные свойства (в частности, эмерджентность) и системообразующий элемент, то можно сделать вывод, что данные источники представляют собой несистемную неорганичную совокупность, элементы которой обладают лишь рядом общесистемных свойств, недостаточных, тем не менее, для констатации наличия системы.

¹ Белкин А. А. Обычай и обыкновения в государственном праве // Известия вузов. Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 35.

² Там же. С. 36.

³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 109–110.

Далее перейдем к краткому анализу общесистемных и иных свойств источников международного права (тождественность особенностей источников международного права многим признакам источников обычного и государственного права обуславливает нецелесообразность повторения некоторых аспектов, затрагивающих синонимичные свойства).

Совокупность источников международного права характеризуется двойственностью, проявляющейся в одновременном существовании источников собственно международного права и межгосударственного права, что также обуславливает противоположные системные свойства источников данной формы права в целом.

Источникам межгосударственного права имманентны следующие, во многом синонимичные с общесистемными свойствами источников государственного права особенности:

- структурированность – целостность источников межгосударственного права состоит из элементов, блоков, подсистем, иных структурных единиц, взаимосвязанных и расположенных по отношению друг к другу в определенной последовательности;

- организованность – все вышеуказанные элементы совокупности существуют, функционируют и взаимодействуют ради выполнения определенных задач и достижения заранее установленных целей;

- когерентность – уже упомянутая выше взаимосвязь и взаимобусловленность источников межгосударственного права;

- множественность – наличие значительного числа структурных единиц данной совокупности;

- нелинейное, характеризующееся отрицательной обратной связью, взаимодействие с внесистемной средой, проявляющееся во второстепенности воздействия норм и принципов иных негосударственных регуляторов социума на межгосударственное право и первостепенности влияния государственной воли;

- суммативность (аддитивность) – отсутствие так называемого «системного эффекта», заключающееся в тождественности свойств целостности источников свойствам отдельных источников;

- неорганичность – необходимость для нормального функционирования перманентного воздействия органов государств;

- формальность – повышенное внимание к формам, процедурам, процессам (закреплению, санкционированию государствами, официальности, объективированности, нормативности), при второстепенности сущностных, содержательных аспектов.

Интегрирующим фактором для источников межгосударственного права выступает влияние государств-участников межгосударственных сообществ. Однако отсутствие такого общесистемного свойства, как эмерджентность, не дает возможность констатировать в данном случае наличие системы.

Источники собственно международного права обладают следующими общесистемными свойствами:

- организованностью – упорядоченностью источников для достижения целей всей системы, что обеспечивается не формально-логическими средствами, а общесмысловыми сочетаниями, ценностями;
- слабой структурированностью, связанной с вышеуказанной ценностной обогащенностью, динамичностью;
- множественностью – наличием достаточно большого количества элементов данной совокупности;
- децентрализацией – отсутствием единого для всех источников «центра управления», сложноподчиненностью структурных блоков, основанной не только на вертикальной, но и горизонтальной иерархии; это свойство тесно связано с центробежностью данной системы;
- эмерджентностью – нетождественностью суммы свойств элементов свойствам всей системы источников собственно международного права;
- когерентностью – взаимосвязью элементов для достижения целей всей системы;
- линейным взаимодействием с окружающей средой, характеризующимся положительной обратной связью (опираются на идеалы, обычаи и нравы, присущие народам).

Системообразующим элементом для источников собственно международного права являются принципы права. Именно принципы, отражая ценностную сущностную природу права, обуславливают единство данных источников права, их взаимосвязанность и подчиненность общим целям. В связи с вышеозначенным совокупность источников собственно международного права можно отнести к системе.

Кроме того, источники собственно международного права консервативны, обладают ценностно-традиционным характером, символичностью, самостоятельностью, идейно-нравственным доминированием.

Подобная несогласованность ряда общесистемных свойств собственно международного и межгосударственного права и невозмож-

ность выделить для них единый системообразующий элемент обуславливают вывод об отсутствии в данном случае единой системы, включающей одновременно источники собственно международного и межгосударственного права.

Рассмотрев отличительные характеристики источников данных форм права, необходимо остановиться на объединяющих их чертах.

Следует сказать, что общим для проанализированных нами форм права является то, что все они опираются на «закон», но понятие «закона» для каждой из них будет отличным. В частности, для государственного права «закон» – это установленный властью государства запрет либо повеление, носящее общеобязательный, формализованный, обусловленный силовыми методами и политическими целями характер. Понятие «закона» в данном случае совпадает и с понятием основного источника этой формы права.

В случае с обычным правом «закон» выражает правила человеческого общежития, обусловленные прежде всего социальными целями и задачами и обладающие легитимностью традиций. Здесь «закон» не является формальным, навязанным государством актом, но представляет собой органически имманентные обществу закономерности, для соблюдения которых не требуется юридического принуждения, необходимость подчинения которым очевидна и основана на общественном авторитете. В обычном праве «закону» придается сила закона природы, т. е. непреодолимости, не знающей исключений.

Для международного права «закон» отражает правила поведения народов и государств, обладающие легитимностью и признанной целесообразностью. В данном случае можно наблюдать синтез обычного и государственного права. Так, закон в международном праве ограничен для социума, многих народов, представляет собой культурно-правовую ценность, имеющую, однако, внешнее оформление со стороны государств в различного рода конвенциях, декларациях, пактах и т. д.

Для всех трех форм права «закон» обладает абсолютной силой. Поэтому его интеграция с властью в тех смысловых значениях, в которых он применяется в каждой из форм права, представляет собой источник права. Но для юридического права эта власть является анонимной (политической), исходящей от государства в целом (хотя в п. 1 ст. 3 Конституции Российской Федерации закреплено: «Носителем суверенитета и единственным источником власти в России является

ее многонациональный народ»¹). В обычном праве власть исходит от конкретного авторитетного субъекта, а в международном права власть преимущественно неперсонифицированная.

На основе проведенного анализа системных свойств источников государственного, обычного и международного права мы можем сделать ряд выводов.

Во-первых, источники обычного права представляют собой самоорганизующуюся, основанную на авторитетности и традиционности негосударственную систему источников; источники государственного права – неорганическое, обусловленное государственной волей системное образование.

Во-вторых, международное право и его источники, подобно обычному праву с источниками, также обладают самоорганизацией, так как опираются на общественную легитимацию, принципы права, правовые ценности, но одновременно санкционированы государственной волей, подобно государственному праву. Поэтому, а также вследствие особенностей системных свойств источников международного права, системообразующего элемента, сложного взаимодействия межгосударственного и собственно международного права следует вести речь не о системе, а о совокупности элементов.

В-третьих, государственное, обычное и международное право опирается на «закон», обладающий абсолютной силой, но понятие «закона» для каждого из них будет отличным. В частности, для государственного права «закон» – это документально оформленный, установленный властью государства запрет либо повеление, носящее общеобязательный, обусловленный силовыми методами и политическими целями характер; для обычного права «закон» выражает правила человеческого общежития, обусловленные прежде всего социальными целями и задачами; в международном праве «закон» отражает правила поведения, обладающие легитимностью и признанной целесообразностью, необходимостью.

В-четвертых, объединение закона с властью в тех смысловых значениях, в которых первый применяется в каждой из форм права, также представляет собой источник права для данных форм. Но для государственного права эта власть является неперсонифицированной, в обычном праве власть имеет персонифицированного субъекта, при-

¹ Конституция Российской Федерации с комментариями для изучения и понимания / Лозовский Л. Ш., Райзберг Б. А. М. : ИНФРА-М, 2008. С. 5.

дающего ей авторитетный характер, а в международном праве власть преимущественно неперсонифицированная.

В-пятых, интегрирующим (но не образующим систему) фактором для источников государственного права является государственное влияние, системообразующим элементом для источников обычного права выступает общественный авторитет, а для источников международного права, вследствие противоречивости свойств собственно международного и межгосударственного права, выделение общего интегрирующего либо системообразующего элемента представляется затруднительным.

Таким образом, источники права в целом с позиции системного анализа следует рассматривать как сложноструктурированную, в определенной степени противоречивую систему, обладающую системообразующими элементами, общесистемными и иными системными свойствами (отличными от свойств отдельных источников права), детерминирующими свойства и особенности действующего права в целом.

Данный системный подход с теоретической точки зрения расширяет и детализирует знания об одной из ключевых для юридической науки категории – категории источников права, а с практической – позволяет прогнозировать дальнейшее развитие рассматриваемой целостности, оптимизировать и управлять данной системой, устранять существующие в ней противоречия и недостатки, осуществлять мониторинг ее воздействия на право вообще.

Глава 2. СИСТЕМНЫЕ СВОЙСТВА ИСТОЧНИКОВ ПРАВА В КОНТЕКСТЕ СОЦИАЛЬНО-КУЛЬТУРОЛОГИЧЕСКОГО АНАЛИЗА

2.1. Системные особенности источников права в романо-германской и англо-американской правовых семьях

Система источников права, как органическая и неотъемлемая часть социально-культурологического пространства, испытывает помимо влияния детерминант правового характера также воздействие духовных, психологических, исторических, политических и иных факторов. Последние (неправовые факторы) также во многом обуславливают системные свойства и особенности источников права, тенденции их интеграции и дифференциации в различных правовых семьях.

Подчеркивая значимость социально-культурологического анализа источников права, Н. Н. Вопленко и А. П. Рожнов замечают, что «в качестве составных частей сложного, или комплексного критерия, имеющего своим «ядром» проблему источников права, выделяются особенности правообразования и правотворчества, традиции формирования источников права, национальные черты законодательной техники, правовой культуры, приоритет отдельных юридических источников в деятельности правоприменительных органов, т. е. все то, что в качестве составной части единого критерия типизации национальных правовых систем можно назвать культурологическим обликом источников права»¹.

Одним из главных критериев разделения двух наиболее известных благодаря исследованиям в области сравнительного правоведения правовых систем мира (романо-германской и англо-американской) большинство ученых называют преобладание той или иной разновидности источников права².

Однако, на наш взгляд, значение источников права и их систем для правовых семей этим не ограничивается. «В самом общем плане «источник права» (source of law) рассматривается как один из путей, средств или способов формирования той или иной правовой систе-

¹ Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Указ. соч. С. 31.

² См., например, Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Указ. соч. С. 32; Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М. : Юрист, 2000. С. 31 и др.

мы»¹. Об этом пишет и М. Н. Марченко: «По характеру основных, ведущих источников той или иной правовой семьи можно в целом судить о ее характере и наоборот»². Кроме того, исследование источников права позволяет познать как статическую, так и динамическую стороны взаимодействия всех компонентов национальной правовой системы, и при этом может быть использован как для собственно юридических целей, так и в социологическом аспекте, т. е. в контексте анализа взаимодействия правовой системы с другими общественными подсистемами³.

В отношении первичности друг к другу правовой системы и источников права невозможно дать однозначный ответ, они взаимосвязаны и взаимообусловлены, не существуют один без другого. Поэтому, зная особенности правовой системы, можно предполагать характеристики системы источников права и наоборот.

В данном случае исследованию подвергаются социально-культурологические особенности источников романо-германского и англо-американского права, раскрывающиеся через анализ основных характеристик этих правовых систем и одновременно оказывающие на данные системы воздействие. «В контексте социально-культурологического подхода источники права получают дополнительную характеристику, а именно, рассматриваются как органично связанные с особенностями (и сущностью) правовых систем различных обществ; становится понятным, почему те, а не другие источники играют в действующем праве решающую роль»⁴.

Обозначим выделяемые в компаративистике критерии разделения романо-германской и англо-американской правовых семей:

- наличие или отсутствие деления права на частное и публичное;
- доминирование в системе источников права судебного прецедента либо нормативного правового акта;
- характер воздействия на право таких форм общественного сознания, как политика и мораль;

¹ Осаке К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий : учебно-практическое пособие. М. : Юристъ, 2008. С. 170.

² Марченко М. Н. Источники права : учебное пособие. М. : Проспект, 2011. С. 417.

³ Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Указ. соч. С. 31.

⁴ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 154.

- наличие или отсутствие деления норм права на императивные и диспозитивные;
- степень рецепции римского права;
- уровень стабильности правовой системы;
- наличие или отсутствие кодификации, жесткой иерархии источников права, структурированности права;
- позиционирование и значимость писаного права;
- уровень когеренции правовой системы и природы права;
- степень открытости и восприимчивости к развитию, прогрессу;
- признание или непризнание «нетрадиционных» источников права;
- отождествление либо дифференциация права и закона;
- примат юридической либо правовой идеологии¹;
- позиционирование и значение толкования права;
- темпоральная направленность, представляющая собой временные характеристики права, устремленность его норм на регуляцию еще не сложившихся отношений в социуме либо доминирование его обращений к уже существующим отношениям, правилам поведения и т. д.

Деление права на частное и публичное считается одним из наиболее главных признаков романо-германской правовой семьи, заимствованных еще из римского права. Одним из сопутствующих такого деления, как ни парадоксально, является доминирование (и качественное, и количественное) нормативных правовых актов, обладающих высшей юридической силой, т. е. источников юридического права (последние в настоящее время служат первоначалом не только публичного, но и частного права, например, активно регламентируя гражданско-правовую сферу и в целом подтверждая формальность данной дуалистичности).

Такое деление отсутствует в английском праве, и, более того, его издавна принципиально не признавали, поскольку в нем видели отказ от идеи о том, что государство и его органы подчинены праву.

Для английского студента, изучающего право, основным является то, что совершенно неизвестно романо-германской правовой семье: деление на общее право и право справедливости»², оба из которых

¹ Под юридической идеологией мы подразумеваем идеи, принципы, концепции, обосновывающие необходимость и целесообразность существования юридического права, в то время как правовая идеология – неотъемлемый компонент права вообще.

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 251.

основываются на судебной практике, являющейся, прежде всего, выразителем интересов гражданского общества.

Поэтому можно отметить, что отсутствие данной дифференциации в англо-американском праве детерминировано вторичностью в нем роли источников юридического права и первичностью источников группового права, т. е. права самого гражданского общества, и соответственно отсутствием необходимости завоевания общественного признания в целях своей легитимации, путем искусственного подчеркивания значимости для государства интересов отдельных личностей, а также существования равнозначного, наряду с публичным правом, частного права.

С данным критерием также тесно связано отсутствие в англо-американском праве дифференциации норм права на императивные и диспозитивные.

Р. Давид по этому поводу писал следующее: «Английская концепция исключает то деление, которое является элементарным для романских правовых систем, – деление норм на императивные и диспозитивные. Даже сами эти термины непереводимы на английский язык... Термин «диспозитивная норма» нужен лишь тем, кто использует точку зрения доктрины или законодательства, рассматривая типичные дела. Английский судья типичных дел не рассматривает, его функция – вынести решение по конкретному случаю, учитывая при этом имевшиеся прецеденты... понятие «диспозитивная норма» не найдет себе места в английском праве, ибо в соответствии с традицией это право всегда будет рассматриваться как право судебной практики, в котором роль закона второстепенна»¹.

В то же время нормы англо-американского права обладают обязательностью не в силу государственного установления, а вследствие собственной авторитетности, реальной обусловленности правовыми принципами. Эта же особенность характерна и для системы «ведущих» источников права англо-американской правовой семьи (судебных прецедентов).

Также следует отметить, что «применительно к изучаемому предмету речь должна идти не о персонифицированном авторитете, а об авторитете субъекта требования (носителя власти в широком смысле этого слова, охватывающего не только государство, но и, например, правовую жизнь группы) или об авторитете самого правила, нормы.

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 271.

И в том и в другом случаях он означает, во-первых, признание их обществом, а именно: в применении к власти – это легитимность, в применении к закону – это справедливость. Во-вторых, авторитет придает правилам, требованиям непринудительный характер. В-третьих, авторитет связан с несомненной разумностью ее носителя»¹.

Еще одним критерием деления двух данных правовых семей называют большую значимость писаного права для романо-германской системы и его меньшую значимость – для англо-американской.

Во-первых, данный критерий в рамках общего права связан, на наш взгляд, с распространенностью (как уже указывалось выше) такого источника права, как судебный прецедент. Он представляет собой заранее не писанные нормы права, появляющиеся казуально и основанные на разуме и справедливости судьи.

В рамках системы судебного прецедента право творится судьями (людьми), которые становятся при этом неотъемлемой и обязательной частью процесса правотворчества. В романо-германской семье, наоборот, государство творит и право, и в определенной степени жизнь людей, заранее прописывая границы поведения последних (в том числе, в ходе судебных заседаний). При этом парламенты зачастую создают законы отстраненно от реального лица, его проблем и нужд, ориентируясь на абстрактное лицо.

Во-вторых, судебное право для гражданского общества англо-американских стран настолько органично и авторитетно, что не требует писаного закрепления, оно легитимно и заслуживает уважения по своей природе, независимо от влияния государства.

«...для правовых систем континентального типа характерно главенство источников, имеющих документальное выражение и вследствие этого получающих законную силу. Таковы, например, нормативный правовой акт и нормативный договор. Все они имеют нормативную природу и отражают самодостаточность писаного права.

Для правовых систем англо-саксонского типа характерно главенство источников, в которых непосредственно отражена духовная и деятельная правовая жизнь общества. Таковы, например, разумность, справедливость и прецедент. Все они имеют не нормативную, а ценностную природу, моральны по своей содержательности. В праве они не имеют оснований»².

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 153.

² Там же. С. 154-155.

Существующая в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии судебная власть, в отличие от ее роли и позиционирования на континенте, не менее значима, чем законодательная или исполнительная. Это подчеркивается и тем обстоятельством, что в данном государстве нет писаной конституции, а то, что англичане называют конституцией, представляет собой комплекс норм законодательного, а еще чаще судебного происхождения, гарантирующих основные свободы граждан и призванных ограничить произвол власти¹.

В-третьих, в романо-германском праве преобладает юридическое право как форма права (в англо-американском – групповое, обычное право, обусловленные природой гражданского общества и судебного правотворчества), как следствие, его источники не всегда легитимны, нуждаются в государственной поддержке в виде формального закрепления в документальных актах.

В тесной взаимосвязи с данной особенностью для правовой семьи общего права находится ее индифферентность к политике. Для источников англо-американского права более значима такая форма общественного сознания, как мораль, в то время как для источников права романо-германской правовой системы, как соответственно и самой данной системы, в большей степени – политика.

Прежде всего, это обусловлено тем влиянием, которое оказывает государство, как своеобразная оппозиция гражданскому обществу, на систему источников права. Система источников романо-германского права практически полностью формируется за счет государственных источников права, а в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии и странах, входящих в состав англо-американской правовой семьи, в некоторой степени, за счет консерватизма и преданности традициям, большее влияние на развитие источников права оказывают интересы гражданского общества, подверженные моральному и религиозному влиянию.

Со значением политики для романо-германской правовой семьи связано наличие в рамках последней развитой юридической идеологии, служащей целям «оправдания» государственной власти перед гражданским обществом. Как указывалось при анализе частного и публичного права, в англо-американской правовой системе государство не столь нуждается в самоутверждении за счет мифологизации правовых начал, подмены их юридическими, как в романо-германс-

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 279–288.

кой системе. Поэтому в большинстве данных государств (принадлежащих англо-американской правовой семье) достаточно низкая степень развития юридической идеологии.

Правовая идеология, распространенная в государствах англо-американского права, в отличие от юридической складывается и существует самостоятельно, не испытывая «инородного» влияния, не подвергаясь подавляющему воздействию государственных органов, средств массовой информации и т. д. Правовые, содержательные, а не юридические, формальные источники права становятся основой для такой идеологии.

Принято полагать, что еще одной особенностью романо-германской правовой системы, обуславливающей длительность ее существования, является рецепция ею некоторых основ римского права, в то время как для англо-американской семьи данная характеристика не имманентна. Однако и здесь можно найти предмет для дискуссии.

Строгость процедуры общего права и необходимость укладывать-ся в традиционные рамки – это главные причины, помешавшие рецепции римского права в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии. Однако, во-первых, даже несмотря на отсутствие исторических корней, одним из дополнительных источников права данного государства является само римское право¹, что, однако, не свойственно странам континентального права. Во-вторых, благодаря деятельности магистратов в Риме была создана ситуация существования двух параллельных сфер правотворчества (строгое (законное) право и право справедливости), что обнаруживает разительное сходство с англо-американским правом². Все это говорит о высокой степени надуманности когеренции подлинного римского права исключительно с романо-германской правовой семьей.

Конечно, после падения Западной римской империи в 476 г. новыми государствами германцев был заимствован ряд правовых постулатов древнеримского права. Но основная часть источников права Европы была создана только в средние века и характеризовалась оригинальностью и самобытностью. Так, например, Швабское зеркало или Салическая правда, основанные на германских обычаях, не многое переняли из Законов XII таблиц, Дигест Юстиниана и иных исторических памятников Древнего Рима. Кроме того, уже позднее в

¹ Романов А. К. Указ. соч. С. 92.

² Разуваев Н. В., Черноков А. Э., Честнов И. Л. Указ. соч. С. 15.

XVII–XVIII в. в ходе буржуазных европейских революций на волне юридического позитивизма на первый план в системе источников континентального права выходят законы, продолжая находиться там и в настоящее время.

Это свидетельствует об отсутствии глубоких связей и преемственности романо-германского права и его источников, их высокой изменчивости, проявляющейся, в том числе, в утрате влияния тех или иных источников права, появлении на их основе новых, а значит, динамичности всей целостности источников романо-германского права. В современных условиях это выражается в перманентном изменении базы нормативных правовых актов, что порой не только не идет параллельно с развитием общественных отношений, но часто их необоснованно и нелогично опережает или вовсе не соответствует им.

Особенностями же системы источников англо-американского права являются последовательность и консерватизм, формирующиеся на основе развитой правовой культуры. Так, судебный прецедент характеризуется устойчивостью, относительной «неотменяемостью», что в свою очередь обуславливает устойчивость и самой правовой семьи (не от количества, но от качества изменений зависит правопорядок, а отсутствие перемен в праве свидетельствует о его органичности, сбалансированности социальных и правовых детерминант). Такое свойство Т. Н. Данцева называет «конструктивной эффективностью», т. е. максимальной приближенностью к регулируемым общественным отношениям, позволяющей адекватнее реагировать на происходящие изменения¹.

Также особенностями стран континентального права являются наличие кодификации, связанных с ней жесткой иерархичности норм права и разветвленным делением права на институты, субинституты, отрасли, подотрасли² (что обуславливает структурированность и когеренцию элементов как общесистемные свойства для совокупности источников романо-германского права).

¹ Данцева Т. Н. Формальные источники права : дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2007. С. 133.

² Дифференциация права на отрасли и иные структурные единицы, попытки осуществления искусственной систематизации в форме кодификации, консолидации и т. п., установления формальной соподчиненности являются, на наш взгляд, условными и лишь способствуют государственному законотворчеству (но не правотворчеству), увеличению количества нормативных правовых актов.

Данные характеристики не свойственны общему праву, что обусловливается не отсутствием у него или у его источников органичности, а наоборот, их соответствием природе права вообще, взаимосвязью с моралью, религией. Изначально право вообще – единое, нерасчлененное явление (наиболее ярко это было представлено в мононорммах); нынешнее право характеризуется отделением правовых норм от норм иных социальных регуляторов, широтой подходов и аспектов рассмотрения, комплексностью выделяемых форм права (что отчасти отражает данное исследование системных свойств источников права). Взаимосвязь с иными формами общественного сознания позволяет констатировать наличие у системы источников англо-американского права обоюдной, позитивной когеренции с внесистемными явлениями. Тем не менее нельзя и полностью исключать наличие такой связи у целостности источников романо-германского права, прежде всего из-за ее обусловленности влиянием политических явлений.

Свое объяснение, с которым мы также позволим себе согласиться, отсутствию резко выраженного деления общего права на отрасли дает и Р. Давид: «Во-первых, все суды имеют общую юрисдикцию, т. е. могут разбирать разные категории дел: публично - и частноправовые, гражданские, торговые, уголовные. Разделенная юрисдикция ведет к разграничению отраслей права, а унифицированная юрисдикция действует, очевидно, в обратном направлении. Во-вторых, поскольку в Англии нет отраслевых кодексов европейского типа, английскому юристу право представляется однородным. Английская доктрина не знает дискуссии о структурных делениях права»¹.

Он же подчеркивает: «Как ни старается английский законодатель конкретно формулировать нормы, сделать их как можно более казуистичными, он, за исключением тех случаев, когда ограничивается внесением поправок в общее право, действует в иной плоскости, чем суды, и для того, чтобы сформулированные им положения могли быть полностью восприняты английским правом, они должны быть применены и подтверждены (иногда в измененном виде) судами в условиях, обычных для выработки общего права. Это положение очень важно, так как оно влечет за собой если не теоретически, то фактически невозможность кодификации английского права на романский манер»².

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 280.

² Там же. С. 269.

Одной из основных особенностей совокупности источников континентального права является то, что она не самоуправляема, т. е. нуждается в регулярном внешнем вмешательстве, формальном «усовершенствовании». В отличие от нее система источников общего права характеризуется органичностью, связанностью с природой права (а не исключительно его содержанием, перманентно меняющимся в зависимости от обстановки), синкретичностью, самоуправляемостью, саморазвитием.

Именно с этим связано то, насколько ярко отличается базовый для романо-германского права источник – нормативный правовой акт от иных типов источников права (судебных прецедентов, правовых обычаев и т. д.), что детерминировано прежде всего его формальностью, необусловленностью, влиянием других (кроме политики) форм общественного сознания (порой и самого права). В связи с этим следует отметить, что полноценными источниками права могут быть только те, которые обретают системные связи с другими источниками национального права.

В отличие от нормативного правового акта и судебный прецедент (являясь доминантным источником для англо-американского права), и правовой обычай, и правовая доктрина даже совпадают по ряду характеристик. По некоторым признакам (например, внутренняя авторитетность, основанность на правосознании, принципах права) их бывает непросто отличить друг от друга, так как их природа тождественна природе самого права.

Можно утверждать, что чем более система источников права связана с принципами, «духом» естественного права (о чем говорилось ранее), неформальным правосудием, содержательным, оличенным рассмотрением дел, опирающимся на правосознание профессионального судьи и построенным на интересах гражданского общества, тем более органичной она является, и тем более право соответствует своей природе, выступая не только социальным регулятором, но и формой общественного сознания (наряду с моралью, религией и др.).

Поэтому в целом, на наш взгляд, только система источников англо-американского права действительно способна «создавать право». Для этой системы идеи справедливости, равенства, свободы и т. д. не обладают лишь декларативным характером (о чем ранее уже упоминалось), а имеют реальное значение, способствуя приобретению органичности и авторитетности.

В то же время во многих государствах, относящихся к континентальной правовой системе, хотя формально в нормах законодательства и находят свое отражение естественно-правовые принципы, далее декларативного провозглашения они не идут. Юристы активно популяризируют данные принципы, однако, по сути, они лишь играют роль своеобразного плацебо, дающего обществу бессодержательную и не способствующую саморазвитию правовой системы «надежду» на правовое состояние.

Для источников англо-американского права характерно наличие системообразующего элемента, в роли которого выступает авторитет. Именно системообразующий элемент символизируют собой дух, идею права в существующей практике¹. Данный источник относится к содержательным (носит ситуативный, конкретный характер), правовым (наиболее ярко отражает природу права) и внутренним (происходит от субъекта права, являясь движущей силой его активности). Наряду с выделенными нами ранее общесистемными свойствами данных источников (множественность, когерентность, активное взаимодействие с внесистемной средой, эмерджентность, структурированность, организованность) это позволяет констатировать наличие системы источников англо-американского права.

Источники романо-германского права представляют собой неорганичную систему, обладающую всеми общесистемными свойствами (когеренция, множественность, линейная взаимосвязь с внешней средой, организованность и структурированность, эмерджентность) и образуемую государственной волей.

К еще одной особенности романо-германского права можно отнести непризнание практикующими юристами «нетрадиционных» источников права, не получивших «санкцию» государства. Это обусловливается как относительной закрытостью системы источников континентального права, в целом затрудняющей ее диалектическое развитие и имплементацию качественно новых структур, так и невозможностью формализовать (документировать) данные источники права.

Б. Н. Топорнин пишет об этом следующее: «Для континентального права в значительно большей мере, чем для общего права, харак-

¹ Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 152.

терен позитивизм в понимании права. Именно в континентальном праве нормотворчество становится монополией государства. Все остальные источники права, в том числе естественное право, обычай, традиция, отступают на задний план»¹.

В то же время справедливость, разум и правосознание признаются, хотя и не первичными, не традиционными, но полноценными источниками англо-американского права. В ряде случаев к источникам данной правовой семьи относят монографии, классические юридические труды и иные труды заслуженных юристов, судей, обладающих авторитетом в обществе².

В связи с анализом позиционирования разума и справедливости в различных правовых системах следует отметить, что в странах англо-американской правовой семьи центральной проблемой являются права человека, как наиболее ситуативная и содержательная часть конкретных прав, способная быть воспринятой и поддержанной не формальным образом, а именно на основе справедливости и разумности, тогда как в странах континентальной правовой семьи преобладают проблемы обязанности и ответственности, которые прекрасно формализуются в законах и иных нормативных правовых актах.

Система источников англо-американского права, как и сама семья общего права, открыты для дальнейшего развития. Однако в современном состоянии, несмотря на заявление большинства юристов о необходимости заимствования положительного опыта, стирания границ, интеграции и консолидации, сближение источников романо-германского и англо-американского права возможно лишь по формальным, несущественным признакам, не обусловленным их системными особенностями. Например, в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии веками формировалась правовая традиция прецедентного права, собственная прецедентная доктрина. Для стран с континентальным типом права такой источник является «новинкой», шаблонная рецепция которой не сможет принести положительных результатов на «чужой почве».

«Попытки разомкнуть совокупность источников, изъять из нее те или иные источники или пополнить новыми источниками, просто декларируя этот факт, узаконивая его, вряд ли могут быть успешными, поскольку это задача не законодательная, а социально-культур-

¹ Топорнин Б. Н. Указ. соч. С. 34.

² См., например, Романов А. К. Указ. соч. С. 128–132.

ная, длительная по своей реализации»¹. (Далее в исследовании на примере российской правовой системы более подробно рассматривается возможность имплементации в систему источников отечественного права источников других правовых систем).

Упомянутая закрытость системы источников континентального права связана со значением для нее актов толкования. «Правовые системы романо-германской правовой семьи образуют стройный ансамбль, «замкнутые системы», где любой вопрос может и должен быть разрешен, по крайней мере, теоретически, путем «толкования» действующей нормы права. Английское право – «система открытая»: оно выступает как метод, который позволяет разрешить любой вопрос, но не содержит норм, подлежащих применению в любых обстоятельствах»².

«В странах писаного права, где право является главным образом продуктом законодательства и нормы права носят общий характер, разум обычно ищут в рамках самого действующего права в процессе его применения и толкования. Наличие пробелов в праве признается с трудом. Разум играет более важную роль в толковании закона, чем в том, чтобы восполнять право. В английском праве, созданном судебной практикой, положение иное. Казуистический аспект права предполагает много пробелов, и разум признается вспомогательным источником права, призванным восполнить эти пробелы. Техника толкования права заменяется техникой исключений, при помощи которой устанавливаются новые, более точные нормы, а не применяются уже существующие»³.

Таким образом, очевидна ключевая роль толкования и его актов для континентального права, обусловленная наличием пробелов, лакун и коллизионностью законов, что, однако, не становится причиной позиционирования данных актов (актов толкования) как обладающих юридической силой подобной силе нормативных правовых актов, т. е. значением источника права.

Англо-американское право практически не знает актов толкования, так как каждое судебное решение в некотором роде включает в себя его элементы, являясь не абстрактным (как в романском праве), а конкретным, оличенным. Законы же согласно поговорке *exceptio est*

¹ Топорнин Б. Н. Указ. соч. С. 152.

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 268.

³ Романов А. К. Указ. соч. С. 45.

strictissimae interpretationis (исключения следует толковать строго ограниченно) в рамках англо-американского права должны толковаться судами ограниченно¹.

С этой особенностью также связано то, что источники романо-германского права в основном направлены на создание права для всех. Такой уровень деперсонализации системы источников в рамках романо-германской семьи свидетельствует о ее предельном формализме, состоянии, когда все без исключения законы принимаются в одинаковом, строго выверенном процессуальном порядке, распространяются на все население данного государства, публикуются и содержатся в определенных документах. То есть, основное внимание законодатель, по сути, уделяет формальным, несущественным сторонам вопроса.

В то же время система источников англо-американского права по своей природе – содержательная. Основной упор в ней делается на разрешении существа конкретного дела с учетом всех, в том числе и неправовых обстоятельств. Большая часть принимаемых решений зависит от волеизъявления, позиции и правового сознания самого судьи, а не исключительно формализованных норм закона (как в романо-германском праве).

Отождествление и разделение права и закона – еще один критерий дифференциации двух основных правовых систем. Р. Давид писал об этом следующее: «В Англии, как и во Франции, при всем различии путей формирования права всегда существовала одна и та же концепция основы права; право – это прежде всего разум (*Lex est aliquid rationis*). Данная концепция была отброшена на континенте в XIX в. с торжеством доктрины правового позитивизма, когда слили воедино понятия «право» и «закон». В Англии эта концепция сохраняется, так как там право считается плодом разума и его отличают от закона»².

Судебные прецеденты и сейчас ярко демонстрируют различие между правом и законом, где первое создается гражданским обществом посредством судьи, являясь абсолютным феноменом, а второе – сугубо государственный приоритет, относительный феномен.

Для источников романо-германского права не характерны «тесные связи» с гражданским обществом, которые могут негативно повлиять

¹ Матинян М. А. Специфика системы источников английского права // Общество и право. – 2009. – № 4. – С. 277.

² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 300.

на авторитет государства и силу его законов. В этой системе законы не творятся непосредственно в суде, но только обнаруживают себя в нем. Это еще раз объясняет, почему именно в данной системе понятия права и закона отождествляются, а юридическому праву отводится лидирующая позиция среди иных форм права.

Система источников англо-американской правовой семьи и, следовательно, сама данная система актуальны, т. е. обращены к рассматриваемому в настоящий момент деянию и его анализу в суде, учитывающему все субъективные (относящиеся к данному лицу) обстоятельства произошедшего.

Для романо-германской системы более значима превенция нарушения права, а значит, перспективность, темпоральная направленность в будущее, связанная, однако, с потерей конкретности и обезличенностью.

На основе исследования системных особенностей источников романо-германского и англо-американского права в ракурсе социально-культурологического подхода можно сделать ряд выводов.

Во-первых, системные особенности источников права во многом взаимно обусловлены сущностными социально-культурологическими особенностями тех правовых семей, которым они принадлежат, отражают их уникальность, а значит, выступают показателем необходимости деления права на правовые семьи, определяют возможности и целесообразность их интеграции в отдельных аспектах.

Во-вторых, источники англо-американского права в контексте социально-культурологического подхода объединены в органичной и содержательной системе, системообразующим источником которой является авторитет, основанный на разуме и правосознании, и проявляющийся прежде всего в судебном правотворчестве.

В-третьих, источники романо-германского права представляют собой неорганичную систему, системообразующим элементом которой является государственная воля, реализуемая в основном при помощи законотворчества.

В-четвертых, для констатации наличия системы и определения системных свойств источников права недостаточно существования установленных государством правил, жесткой иерархизации и структуризации источников права, должен сложиться органичный комплекс особенностей, обусловленных в том числе, помимо правовых и

политических, более глубинными и содержательными социально-культурологическими факторами.

2.2. Отечественная правовая система с точки зрения системного своеобразия источников права

Для исследования современного состояния отечественной правовой системы, констатации ее самобытности по отношению к мировым правовым семьям целесообразно проанализировать особенности и свойства источников права, влияющие на ее уникальность, в том числе в исторической ретроспективе, а именно в дореволюционном и советском периодах.

До октября 1917 г. Российская империя была преимущественно аграрным государством, большая часть населения которого – крестьянство, занималось земледелием и проживало небольшими анклавами в деревнях, селах и т. п. Единственным «источником информации» о государственной законотворческой политике выступали помещики, малоинтересованные в регулярном ознакомлении своих работников с указами, манифестами царя и т. п.

В том числе и по этой причине в крестьянской среде того времени были широко распространены локальные обычаи, многие из которых регламентировали и правовую жизнь, что позволяет отнести их к правовым обычаям. «В древнерусском и удельном государстве обычаи занимали господствующее положение в системе источников русского права. В летописях и документах обычаи фигурируют как «старина» или «пошлина»¹.

Однако не следует путать данные обычаи, обогащенные духовностью, ментальностью и традициями русского народа, с классическим, западноевропейским (берущим начало еще в римском праве) пониманием правового обычая. Основной отличительной чертой последнего является обусловленность государственным влиянием. Такой обычай, хотя и обладает большей по сравнению с законом самостоятельностью в отношении к государственной власти, также детерминирован ее целью, значением, защищаемыми интересами. Следование такому обычаю является обязательным для всех, и его авторитет поддерживается не столько общественным порицанием, сколько силой офици-

¹ Минникес И. В. Обычай как источник русского права: историко-правовой анализ // История государства и права. – 2010. – № 15. – С. 7.

ального воздействия. Данное обстоятельство свидетельствует о «родстве» традиционного западного обычного права и обычного права как формы позитивного права, рассмотренной нами в первой главе.

В то время как правовой обычай в дореволюционной крестьянской России больше соответствовал понятию «обыкновение», т. е. имел локальную распространенность, не устанавливал конкретных прав и обязанностей, не был обеспечен не только государственным вмешательством, но даже помещичьими санкциями, обладал содержательно существенным своеобразием, делающим маловероятным стихийное внедрение в него всего того, что характерно для действия правовых обычаев в рамках западноевропейских правовых систем. Вынесение и исполнение наказания за нарушение таких обычаев было в компетенции самой крестьянской общины.

Можно обозначить следующие основные особенности дореволюционных отечественных крестьянских правовых обычаев:

- обусловленность авторитетом предков, традициями предыдущих поколений, связанными с «недоверием» к иным источникам права;
- гомеостатичность, как состояние сбалансированности и практически полного отсутствия революционных изменений;
- самоуправляемость – у правовых обычаев не существовало механизма администрирования, свойственного законодательству; последовательное развитие происходило по собственным канонам и др.

Кроме данных характеристик правовых обычаев, следует, руководствуясь основами системной методологии, выделить общесистемные свойства данных источников права.

Во-первых, для рассматриваемых правовых обычаев в целом была характерна нелинейная обратная связь с окружающей средой, выражающаяся в невысокой степени влияния политики, государства и др., на совокупность правовых обычаев и детерминированная относительной замкнутостью, закрытостью, статичностью и локальностью крестьянских обычаев.

Во-вторых, в отношении структурированности правовых обычаев следует отметить отсутствие четкой структуризации, планомерного распределения и планирования, а также неписаность (правовые обычаи имели в основном вербальное закрепление, так как, по словам А. И. Поротикова, «чаще всего субъект права узнает о существовании обычной нормы не из нормативного документа, а через соприкосно-

вление с ее носителями, непосредственно наблюдая за ее применением на практике»¹).

В-третьих, несмотря на отсутствие структурированности (их фрагментарности и мозаичности) среди правовых обычаев Российской империи, нельзя утверждать и полное отсутствие среди них организованности, так как, например, в отличие от источников современного государственного права правовые обычаи в большинстве случаев не вступали друг с другом в коллизии, практически отсутствовали характерные для современности правовые пробелы и лакуны, что не может не свидетельствовать об определенной упорядоченности данных источников права. Однако такая организованность не была привнесена извне государственными органами, а сформировалась на основе органичности обычаев, их обусловленности правовой природой, тождественности правосознанию крестьян, позволявшей, в том числе, следовать им не рационально при внешнем принуждении, а интуитивно, самостоятельно.

В-четвертых, множественность и когерентность правовых обычаев, отражавшиеся не только в количественных показателях, но и в широком предметном охвате регулирования правовых обычаев (практически все сферы правовой жизни крестьянства упорядочивались данными источниками права), были также связаны с гомогенностью: в отличие от массы разновидностей государственных источников права (законы, приказы, манифесты, нормативные правовые акты и т. п.) правовые обычаи не обладали обширной типологией.

В-пятых, эмерджентность (интегративность), выражавшаяся, например, в том, что правовые обычаи регулировали весь спектр крестьянских отношений, как целое, в то время как отдельные обычаи затрагивали лишь определенный пласт проблем социума.

Таким образом, для правовых обычаев крестьянской Руси не было характерно прежде всего такое общесистемное свойство, как структурированность, связанная, в том числе, с отсутствием иерархии, субсистем, централизацией и т. п. По словам Н. Л. Дювернуа, «...эти обычные нормы не собраны, не записаны, за незначительными исключениями, не приведены к единству; между тем несомненно, что ими руководствуется самая значительная часть низших слоев русско-

¹ Обычай в праве : сборник (Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права; Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте). СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 259.

го народа»¹. Кроме того, в данной совокупности отсутствовал единый системообразующий элемент, который отражал бы цель и функции данной целостности элементов, интегрировал бы их в систему.

На основе вышепредставленного следует подчеркнуть, что источники обычного крестьянского права в дореволюционной Руси представляли собой комплекс, элементы которого обладали отдельными общесистемными свойствами, но не образовывали систему в целом. Можно сказать, что данные свойства при отсутствии системообразующего фактора и иных общесистемных характеристик находились в состоянии перспективы по отношению к существованию системы.

Параллельно с феодально-крепостными отношениями в крупных городах Российской империи развивалась иная жизнь, в которую были включены преимущественно аристократические, высшие военные круги, интеллигенция, а также представители торговой сферы и буржуазия. Данные отношения в отличие от крестьянских регламентировались актами государственной власти. Условно назовем это право городским правом. Источниками данного права являлись централизованные государственные акты, устанавливаемые верховной властью: князем, царем, Сенатом, Государственной Думой и т. д. Среди таких актов можно назвать манифесты, указы, наказания, приказы, уставы, уложения и др.

Для них были свойственны следующие общесистемные особенности:

– структурированность, которая отражалась прежде всего в приведении в единые кодексы, уложения, уставы и др., разделенные в зависимости от сферы применения того или иного источника на главы и разделы (первая полноценная систематизация была осуществлена в XIX в. государственным деятелем времен Александра I и Николая I Михаилом Михайловичем Сперанским, итогом которой стали Полное собрание законов Российской империи² и Свод законов Российской империи³ и др.); со структурированностью также была связана гетерогенность (в отличие от правовых обычаев крестьянства государственные акты обладали достаточной дифференцированностью);

– организованность подразумевала функционирование всей целостности для достижения общих, утвержденных властвующей особой

¹ Цит. по: Бабай А. Н. Указ. соч. С. 46.

² Полное собрание законов Российской империи. Собрание третье. Т. XXVI. 1906. Отделение I. СПб., 1909. С. 183.

³ Свод законов Российской империи. Т. XVII. Ч. 3. СПб., 1833. С. 220.

целей и задач и коррелировала с централизацией под единым государственным началом; с организованностью и централизацией непосредственно связано было отсутствие самоуправляемости – попытки изменения законодательства, реформирования происходили исключительно «сверху», вследствие отсутствия внутреннего источника саморазвития, а также наличие формальности – строгого соблюдения формальных процедур проектирования, принятия, вступления в силу, публикации и т. п.;

– взаимодействие с внешней средой носило нелинейный характер, обуславливающий невысокий уровень воздействия иных форм общественного сознания (в частности, морали, религии) на совокупность источников городского права;

– множественность – наличие достаточно большого числа актов - источников городского права, связанное, в том числе, с развитостью городской жизни, по сравнению, например, с крестьянским бытом;

– когерентность – высокая взаимосвязь источников друг с другом и динамичность, оправдываемая законодателем необходимостью соответствия меняющимся общественным отношениям.

Все перечисленные свойства данных источников права были детерминированы исключительно государственным воздействием, также компенсирующим отсутствие внутреннего системообразующего элемента, что совместно с констатацией отсутствия такого общесистемного свойства, как эмерджентность, не предоставляет и в этом случае (подобно ситуации с источниками крестьянского права) возможность говорить о наличии полноценной системы источников права.

Рассматривая источники права дореволюционного периода, следует отдельно отметить договор, как источник права царской России, распространенный в основном в купеческой, боярской среде и регулирующий частноправовые, торговые отношения. Впервые договоры появились еще до крещения Руси (988 г.), устанавливая порядок отношений между славянскими, варяжскими, византийскими и иными торговцами и мореплавателями¹. Позднее договорами стали регулироваться взаимоотношения между княжествами и между княжествами и прочими землями. В период имперской Руси значимость договоров падает, и они как источник права постепенно нивелируются,

¹ Например, Договоры Руси с Византией 911, 944 гг. / Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Россия XI–XIX вв. М. : Мысль, 1999. Т. IV. С. 21–28.

возрождаясь позднее уже в современной России, о чем речь пойдет далее.

Недолговременное влияние на волне принятия христианства на источники отечественного права имели источники византийского права. «Так, с X в. на Руси стали применяться византийские номоканоны – сборники религиозных правил, Кормчая, Прохирон и другие акты Византии, естественно приспособляясь к условиям русской жизни»¹.

Следует также отдельно остановиться на таком источнике российского права, как правовая доктрина. По мнению А. А. Васильева, консервативная правовая доктрина, направленная на охрану традиций российской правовой культуры, выступала в дореволюционный период и как юридический источник права, формируя и часто сливаясь с политико-правовой идеологией, стоящей на страже безопасности императорской России и разделяемой высшими социальными классами, и как первичный источник права, воздействуя на интуитивном, психологическом уровне. В последней ипостаси консервативная правовая доктрина была распространена в обыденном, крестьянском правосознании².

Так, можно сказать, что охранительная правовая доктрина явилась общим для государственного и крестьянского права источником. Однако, во-первых, как признает и сам А. А. Васильев, этот источник права часто выступал «вместилищем» для иных источников: правовых обычаев и нормативных правовых актов. Во-вторых, консервативная правовая доктрина «активизировалась» только в периоды социально-политических кризисов, угрожавших «трем китам» империи: «православию, самодержавию, народности». Поэтому и носители консервативной правовой доктрины как источника права России не представляется возможным привести в определенную систему.

Необходимо констатировать в целом наличие в дореволюционной России двух самостоятельных систем права, обозначенных нами как крестьянское и городское право. Каждое из них обладало своими особенными источниками права, не образующими, однако, систем. Но указанные выше системные свойства источников права предопределили и оказали влияние на уникальность современной российской

¹ Цит. по: Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории : монография. М. : Юрлитинформ, 2009. С. 162.

² Там же. С. 84–137.

правовой системы, выражающуюся также в ее противоречивом характере: противостояние исконно русского обычного права в синтезе с моралью и религией его источников – обычаев, традиций – государственному праву с его юридическими источниками (исключением, как уже было отмечено, выступала консервативная правовая доктрина, разделяемая практически всеми слоями российского дореволюционного общества).

Отсутствие доверия и авторитета к государственным источникам права детерминировало и существующий в настоящее время правовой нигилизм, критическое отношение ко многим нормативным правовым актам и законодательным реформам; параллельное существование часто отличных друг от друга правовых взглядов законодателя (например, отождествление права и закона) и общества (конфликтность права и закона). А. А. Васильев объясняет такой нигилизм следующим образом: «...нравственной личности нет надобности в формальном законе. Поэтому духовно добродетельные люди отвергают какое-либо значение закона в своей жизни, не видят в нем ценности. Закон создан для духовно слабых людей, не способных жить по нравственным заветам добра и справедливости»¹.

На данную особенность отечественной правовой культуры оказывала и до сих пор оказывает влияние внешняя среда. Так, на государственное право воздействует такая форма общественного сознания, как политика, что также обуславливает его идеологичность, политизированность, а на обычное право – мораль, религия (православие), придающие ему духовную и ценностную обогащенность.

После октября 1917 г. двойственность права была временно преодолена, и доминирующее положение приобрели административно-командные акты, директивы и т. д. Все их можно объединить общим термином «закон», суть которого сводилась к установленным органами государственной власти правилам поведения, отвечавшим идеологическим принципам построения советского права.

В первое время существования советского государства его правительство не ставило перед собой цель формирования единой системы не только источников права, но и права в целом, так как полагало, что после достижения социалистического идеала – коммунизма – отпадет необходимость и в том, и в другом. Поэтому право представлялось

¹ Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории : монография. М. : Юрлитинформ, 2009. С. 200.

как временный регулятор, необходимый лишь на переходной стадии от социализма к коммунизму.

Однако уже позднее (после осознания партийной номенклатурой утопичности построения подлинного коммунизма) отношение к праву перестало быть столь легкомысленным, но приобрело ярко выраженный утилитарно-идеологизированный характер, став средством разрастания и расширения сфер влияния советского государства и его аппарата, что до сих пор проявляется в элевации бюрократического корпуса (влияние идеологии на правотворчество имманентно и современной отечественной правовой системе, что проявляется в предваряющем появление отдельных законов, обсуждении в различных средствах массовой информации, подсознательно вырабатывающем у граждан соответствующее отношение к данным документам).

Таким образом, на место крестьянских обычаев и царских манифестов в советский период пришли идейно подкрепленные законы, на которые общество возлагало надежды по построению идеального государства. В этот период официальные законодательные акты прочно заняли нишу всех иных ранее существовавших, по мнению представителей партии, «прозападных», а значит, «ненадежных» источников права (охранительная правовая доктрина, правовой обычай, правовой договор и др.). Только в нормативных актах видели единственный источник и условие справедливости, равенства, социалистической законности.

Существовавший в дореволюционной России правовой договор в этот период окончательно исчезает из правовой жизни, что объясняется отсутствием равноправных субъектов, чрезмерной централизацией власти. Кроме того, правовой договор, как прежде всего источник частного права, не способен существовать при административно-командном политико-правовом режиме, плановой экономике. «Обращение к обычаю служит поводом для обсуждения роли государства в образовании права, когда возникает необходимость поставить под сомнение его монопольную роль в правотворчестве, или, наоборот, заявить о претензиях негосударственных образований, частных корпораций по созданию новых регулятивных моделей»¹.

¹ Обычай в праве : сборник (Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права; Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте). СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. С. 320.

Следует отметить, что в период существования советского государства наряду с всеохватывающей ролью нормативного правового акта определенное значение получает и такой источник права, как социалистическая правовая доктрина. Однако, как и в случае с правовым обычаем в дореволюционной России, рассмотренным ранее, содержание правовой доктрины в Советской России было самобытным, кардинально отличным как от его классического континентального понимания, так и от имперской консервативной (охранительной) доктрины.

Данный источник советского права служил исключительно популяризации и распространению партийной идеологии. Практически все работавшие в тот период времени юристы не могли придерживаться иной, кроме государственно установленной, точки зрения на право. В связи с этим многие их труды были так или иначе посвящены возвеличиванию марксистско-ленинского правопонимания, популяризации государственных источников права, критике буржуазных правовых начал.

Далее вместе с ростом бюрократического аппарата советского государства росло и количество принимаемых его отдельными органами распоряжений, приказов и т. п. в самых различных сферах применения. Такие акты служили расшифровкой абстрактных и безликих общегосударственных документов, что в дальнейшем привело к фактическому (не юридическому) доминирующему положению подзаконных актов (по большей части, ведомственных) над законами.

Можно резюмировать, что для совокупности источников права советского периода были свойственны следующие общесистемные черты:

- множественность и когерентность, проявляющиеся в многочисленности и в целом взаимосвязанности данных источников права;
- структурированность – жесткая централизация и иерархичность, наличие структурных блоков, обусловленные желанием государства контролировать все сферы жизни общества;
- организованность и динамичность – стремление соответствовать меняющимся общественным отношениям, а также формальность – подчинение всего правотворческого процесса единообразию, процедурности, универсальности;
- нелинейная взаимосвязь с внесистемной средой – источники советского права практически не коррелировали с внешней средой, подвергаясь лишь формальному государственному воздействию; за-

крытость, недоступность появления элементов негосударственной природы, а также механистичность (отсутствие взаимосвязи с духовными началами, обеспечивающими полноценное органичное развитие).

Иными (не относящимися к общесистемным) качествами, имманентными для данной совокупности элементов, выступали следующие:

1) доминирование позиций государственного права как формы права и его источников;

2) идеологизированность – воздействие на духовную сферу социалистических идей, блокирующих возможность появления альтернатив, и связанная с данной чертой неспособность отражать реально существующую обстановку в обществе и др.

Так же как и в дореволюционном государстве, источники права советской России не составляли единой полноценной системы (отсутствовало такое общесистемное свойство, как эмерджентность, и выделить системообразующий источник не представлялось возможным). Аппарат власти служил лишь внешним организатором, действовавшим чаще под эгидой страха, чем авторитета.

Указанные особенности источников советского права оказали непосредственное влияние на уникальность современной российской правовой системы, выражающейся в следующем:

1) приоритете по сравнению с иными видами источников права нормативных правовых актов;

2) доминирующем позиционировании по отношению к последним подзаконных актов министерств, агентств и служб (ведомственных актов);

3) высоком уровне идеологизированности правовой системы (на смену социалистической идеологии пришла этатистская);

4) критическом по ряду аспектов отношении к содержательным источникам права западной правовой традиции (судебному прецеденту, правовой доктрине и т. д.);

5) обусловленности политическим режимом и интересами власти;

6) ярком дистанцировании и дуализме в начале – права и закона, а затем по мере искусственного стирания между ними границ государственной властью – правом и справедливостью. Сочетание данных особенностей в отдельной правовой системе (в нашей ситуации – российской) и сообщает ей уникальность по сравнению с правовыми системами иных государств.

Неповторимость современной отечественной правовой системы также обязана (как уже обозначалось) ее исторически противоречивому характеру. Среди наиболее значимых противоречий, помимо ранее указанных, необходимо отметить следующие:

- противостояние наследия дореволюционной России и правовой системы, созданной в советский период (отражающееся, например, во взаимоотношениях обычая и закона);

- противоречие влияния советского прошлого (с его администрированием и жесткой централизацией) и желания в настоящем догнать ушедшую вперед, либеральную по своей природе, западную правовую систему, что выражается в неуместном копировании не имманентных России институтов права;

- конфликт восточной и европейской правовой культур (при преобладании первой), т. е. внутренне присущих правосознанию русского народа моральных и религиозных ценностей и внешне навязываемых политических и юридических интересов.

Ко всему вышесказанному относительно уникальности современной российской правовой системы следует добавить, что последняя занимает промежуточное положение между романо-германской правовой семьей, часть признаков и характеристик которой она пытается внешне имплементировать, и социалистической, наследие которой старается побороть (в большей степени также безуспешно). Это совместно с выделенными нами системными особенностями ее источников и проанализированными противоречиями свидетельствует об особом эволюционном пути отечественного права, обусловленном его богатой историей, высокой духовностью русской нации, и необходимости в связи с этим не стремиться к уровню европейских государств, бездумно заимствуя у них правовые институты, а реформировать отечественную правовую систему, опираясь на тщательный и глубокий анализ социально-культурологических и исторических детерминант ее формирования.

Таким образом, считаем целесообразным сделать ряд резюме.

Во-первых, для связи источников отечественного права и российской правовой системы характерна взаимность влияния системных и иных свойств, что, с одной стороны, обуславливает уникальность отечественной правовой системы, ее духовную обогащенность, открытость, ценностную насыщенность, а с другой – позволяет констатировать отсутствие возможностей формирования единой системы

источников российского права на протяжении большей части истории Российского государства.

Во-вторых, несоответствие отечественной правовой системы на примере источников права сложившимся западным «стандартам» не свидетельствует о ее незрелости, но лишь подчеркивает самобытность и констатирует необходимость поиска собственного направления дальнейшей эволюции, в том числе при помощи исследования системных свойств источников права.

В-третьих, определение уникальности отечественных правовой системы и источников права имеет следствием необходимость учета комплекса факторов, сущностно обуславливающих их самобытность, при правовом реформировании, правотворчестве, правоприменении и т. д.

2.3. Возможности имплементации в российскую правовую систему источников права других правовых систем

Настоящая часть исследования посвящена анализу еще одного следствия уникальности отечественной правовой системы – вопросу о возможностях заимствования (имплементации) ею правовой доктрины, судебного прецедента и правового обычая, как классических источников англо-американской и романо-германской правовых культур.

При этом следует уточнить, что термин «имплементация» используется нами не в традиционном для современной юриспруденции значении. Так, его применение характерно в основном в рамках международного права, где под ним понимается включение международно-правовых норм в национальное право в целях выполнения международных обязательств государства. Для нас же важным является имплементация как механизм заимствования государством (государствами) правовых институтов, норм права, в том числе и источников права, другого государства (государств).

При этом имплементация не может сводиться и к рецепции, потому что первая – более широкая категория, включающая разнообразные правовые явления, в том числе и рецепцию, которая является одним из способов имплементации; в результате рецепции происходит точное заимствование норм с возможной их трансформацией, а в результате имплементации правовые элементы адаптируются к национальным условиям с учетом особенностей правовой культуры, ценно-

стей, правопонимания, сложившихся в этой правовой системе. Рецепция возможна как проявление политики государства посредством воли субъектов политической власти. Имплементация же происходит при условии существования историко-культурных оснований для адаптации правовых элементов другой правовой системы. Имплементация должна пониматься как одна из важных форм взаимодействия не только норм и принципов международного и внутригосударственного права и не только национальных законодательств, но и как форма взаимовлияний правовых семей и правовых культур¹.

Ранее уже упоминалось, что нормативный правовой акт – это доминирующий источник права России. Данное обстоятельство, а также позиционирование нетрадиционных, т. е. не отвечающих природе отечественного права, источников права в рамках отечественной правовой системы во многом обязаны правовой политике периода советского государства, одной из отличительных особенностей которой являлась неприемлемость институтов западноевропейского права.

Можно отметить, что указанная политика основывалась (гласно и латентно) на ряде постулатов.

Во-первых, приоритете советской идеологии, в соответствии с которой (как уже было подчеркнуто) прозападные институты права признавались «враждебными» для советской правовой системы.

Во-вторых, доминировании государственного аппарата, прежде всего исполнительной ветви власти, контролирующей действие и законодательных, и судебных органов. В таком положении советские суды не могли обладать возможностью самостоятельного правотворчества, что отличало их от судов многих европейских национальных правовых систем. «Это было далеко не случайно. Дело в том, что суд в силу его большей независимости и квалификации гораздо менее приемлем и удобен для тоталитарного режима в качестве органа власти»². Р. З. Лившиц пишет по этому поводу следующее: «Социалистические государства не знают такого источника права, как судебный прецедент, который ведет к отступлениям от начал законности и подрывает роль представительных органов государства и законода-

¹ Борзунова О. А. Ориентиры в развитии налоговых систем в переходных экономиках // URL: <http://www.pandia.ru/text/77/203/78495.php> (дата обращения: 28.05.2013).

² Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. – 1997. – № 6. – С. 51.

тельной деятельности. Социалистические судебные органы осуществляют правосудие как одну из форм применения закона, не связанную с правотворческими полномочиями суда при разрешении конкретных дел»¹. Кроме того, в ответ на заявление В. М. Жуйкова, в соответствии с которым разъяснениям Пленума Верховного суда СССР и Пленума Верховного суда РСФСР придавалась нормативная роль, поскольку в судебных решениях допускались ссылки на них как на правовую основу разрешения дела², Р. З. Лившиц утверждает (и мы склонны согласиться с ним), что это «обстоятельство было скорее административным вторжением в судебную практику, чем признанием самостоятельной роли судебной практики в регулировании общественных отношений»³.

В-третьих, популяризации правопонимания нормативистского типа, не позволявшего признавать в качестве источника право ничего, кроме закона. Именно поэтому для того периода было характерно почти полное (за исключением дискуссий в последние годы существования Советского Союза) нивелирование споров по вопросам отнесения судебного прецедента, правового обычая и правовой доктрины к источникам отечественного права.

Помимо «наследия» советского прошлого, обусловленного политико-идеологическими детерминантами, необходимо проанализировать и иные (социально-культурологические, исторические, ментальные) обстоятельства, влияющие на возможность имплементации конкретных источников права (правовой доктрины, судебного прецедента и др.) и связанные с особенностями как отечественной правовой системы, ее источников права, так и рассматриваемых «нетрадиционных» источников права.

В своем классическом понимании правовая доктрина представляет собой изложение каких-либо правоположений, правил поведения, правовых принципов, принадлежащее наиболее авторитетным представителям юридической науки и практики, а также закрепленное в

¹ Цит. по: Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Журнал российского права. – 1997. – № 6. – С. 52.

² Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М. : Институт государства и права Российской академии наук, 1997. С. 16.

³ Лившиц Р. З. Указ. соч. С. 54.

религиозных текстах, и которым придается общеобязательное значение¹.

Правовая доктрина – это один из древнейших источников права, получивший распространение еще в Древнем Риме в связи с функционированием коллегии жрецов-понтификов, занимавшихся изучением и толкованием римских законов и обычаев. Апогеем доктринального права античности стал Закон о цитировании (*Lex citationis*), принятый в 426 г. императором Валентинианом III, в соответствии с которым сочинениям пяти известных римских юристов Папиниана, Павла, Ульпиана, Модестина и Гая придавалось значение полноценных источников права.

В настоящее время доктрина как источник права распространена в государствах, входящих в англо-американскую правовую семью, некоторых национальных правовых системах, относящихся к континентальному праву, и странах со сложившимися религиозно-правовыми традициями. В частности, «мусульманское право – яркий пример «права юристов». Оно было создано учеными-богословами. Юридическая наука, а не государство играет роль законодателя, мнение специалиста имеет нормативно-обязательное значение. При рассмотрении дела судья никогда не обращается к Корану или сунне, а ссылается на правоведа, авторитет которого общепризнан»².

В российской правовой системе доктрина официально не признается источником права, что вызвано, помимо правовых, рядом социально-культурологических и исторических факторов.

Во-первых, по своей природе правовая доктрина как содержательный источник права неразрывно связана с наукой (по словам С. В. Бошно, наука – источник доктрины³; Е. С. Чистая по данному поводу указывает, что «доктрина или юридическая наука, – это изложение правовых принципов, правил поведения в трактатах, трудах авторитетных представителей юридической науки и практики, которым придается общеобязательное значение»⁴), развитие которой хотя и должно все-

¹ Поляков А. В. Введение в общую теорию права и государства : курс лекций. М., 2005. С. 365–366.

² Саидов А. Х. Сравнительное правоведение. М. : Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 279–280.

³ Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. – 2003. – № 12. – С. 70–79.

⁴ Чистая Е. С. К вопросу о нетрадиционных источниках права // История государства и права. – 2012. – № 7. – С. 3.

мерно поддерживаться государством, не может, однако, быть использовано им исключительно в политических целях. Если такое имеет место, то наука, а значит, и доктрина, деформируются, оформляясь в идеологию. Именно такая ситуация складывалась в нашем государстве на протяжении почти всего XX в., когда под правовой доктриной понимали проводника идеологии. «... Советская наука отрицала за правовой доктриной значение именно юридического источника права. Традиционно теоретические наработки в области юриспруденции рассматривались либо как источники познания действующего права, либо как фактор совершенствования законодательства»¹.

В настоящее время в России открытое доминирование марксистско-ленинской идеологии уступило место латентному лоббированию политических интересов. Классическая же правовая доктрина, как уже упоминалось, несовместима с политикой и идеологией: «доктрина имеет, как правило, научное происхождение..., идеология ... чаще всего возникает как отражение политических, групповых интересов»², что подтверждает сложность ее имплементации в рассмотренном контексте в качестве источника права России.

Во-вторых, безоговорочным влиянием в качестве источника права доктрина пользуется в тех правовых системах, где право «черпается» из содержания религиозных текстов (в индуистском, иудейском, мусульманском и христианском каноническом праве), поскольку в этих системах, как правило, земная власть не обладает прерогативой творить право и, собственно, любые трансформации действующего права, его приспособления к изменяющимся и усложняющимся социальным реалиям осуществляются путем доктринального толкования священных текстов³. Это свидетельствует о ее синкретичной связи с духовными принципами, открытостью во взаимодействии с окружающим миром.

Роль религии в России иная. Православие, являясь по природе толерантной конфессией, не стремится «силой» удерживать своих приверженцев, обеспечивая свободный вход и выход из религиозной общины. Русский народ не воевал за религию, подобно христианам-крестоносцам или представителям некоторых радикальных направле-

¹ Вопленко Н. Н., Рожнов А. П. Указ. соч. С. 56.

² Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. – 2003. – № 12. – С. 70–79.

³ Разуваев Н. В., Черноков А. Э., Честнов И. Л. Указ. соч. С. 20–21.

ний ислама. Вместе с тем, до сих пор в нашем государстве распространено латентное, зачастую неосознаваемое язычество. Так, например, большинство церковных праздников тесно переплетено со старославянскими дохристианскими торжествами (традиция колядования накануне Рождества или Крещения, обряды Масленицы перед Великим постом и т. д.). Это связано с тем, что в Древней Руси к тем временным периодам, на которые сегодня приходятся церковные празднества, относились языческие торжества.

В России отсутствует единая официально признаваемая религия, признан светский характер государства. Такое позиционирование конфессии в России детерминировано, кроме всего прочего, «наследием советского атеизма» – одной из основных причин невозможности не только формирования, но и имплементации классической правовой доктрины, во многих случаях использующей тексты религиозных произведений, как источники права.

В-третьих, по словам Ф. В. Тарановского, в России учеными юристами утрачен формальный правотворящий авторитет¹. Правовая доктрина, как воля действующих юристов, не может стать максимой поведения, обязательной для всех, вследствие непризнанности их правовых позиций и взглядов. В существующей обстановке сложно однозначно утверждать наличие подобного авторитета у профессиональных ученых юристов, и, тем более, признание их мнений источниками права.

Следует отметить, что невозможность имплементации правовой доктрины в ее классическом понимании в отечественное право обусловливается следующими ее особенностями:

- авторитетность, т. е. добровольное, основанное на признании целесообразности, оптимальности и необходимости вследствие длительности применения, традиционности, патриархальности соблюдение норм, установленных правовой доктриной;
- содержательность – концептуальность, взаимосвязанность с природой, «духом» права, основанность на правовых принципах;
- религиозная и научная «насыщенность» – когеренция с базовыми постулатами религий, идеями, принципами различных отраслей наук;
- деэтатизм – отсутствие доминантного влияния государства, его аппарата, органов и должностных лиц;

¹ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 180.

– синкретизм – сочлененность с иными (кроме права) формами общественного сознания и т. д.

Обладание такими характеристиками делает данный источник права, органичный и «уместный» для тех правовых систем, где он изначально в течение многих веков формировался, не совместимым с российскими источниками права, во-первых, по причине существования и организации последних на основе иных системных свойств и закономерностей (формализм, политизированность и др.), а во-вторых, вследствие особенностей исторического пути Российского государства, социально-культурологических основ российского общества, господствующего типа понимания права и т. д.

Далее рассмотрим возможность перенесения на отечественную «почву» такого источника права, как судебный прецедент.

Судебный прецедент, как уже указывалось ранее, в своем классическом варианте представляет собой решение высшего судебного органа по конкретному делу, которое рассматривается в качестве обязательного образца при рассмотрении таких же или аналогичных дел судами той же либо низшей инстанции.

Причем судебным прецедентом является лишь та часть решения суда, которая со времен Джона Остина именуется «*ratio decidendi*» (основание решения) – т. е. правоположение, на котором базируется решение. Лишь *ratio decidendi* обладает обязательным характером; остальная часть судебного решения именуется «*obiter dictum*» (попутно сказанное) и не является обязательной.

Наличие и позиционирование судебного прецедента – одно из базовых отличий англо-американской правовой семьи от иных правовых систем и распространенное, в частности, в таких странах, как Соединенные штаты Америки, Канада, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии и т. д.

В трудах отечественных ученых проблема судебного прецедента впервые поднимается дореволюционными юристами-классиками конца XIX – начала XX вв. (С. А. Муромцевым, Ю. С. Гамбаровым, И. А. Покровским, Г. Ф. Шершеневичем, Л. И. Петражицким, Н. М. Коркуновым, Ф. В. Тарановским, Е. Н. Трубецким и т. д.). До их изысканий практически нельзя встретить литературу, где бы обсуждался вопрос о значимости судебного прецедента в частности и судебного правотворчества в целом для российского права. Полагаем, что одной из причин возникшего внимания к судебному праву в то

время стала судебная реформа конца XIX в., в ходе которой были приняты Судебные уставы 1864 года, упорядочилась вертикаль данной ветви власти, впервые в истории России отделенной от исполнительной (административной) власти, на законодательном уровне была организована процессуальная работа судей.

Судебные уставы 1864 года в Российской империи, по словам Е. Н. Трубецкого, предписывали суду не останавливать принятие решения под предлогом неясности, неполноты или противоречия существующих законов, а разрешать непредвиденные законом случаи на основании общего разума всего законодательства¹. Однако, на наш взгляд, здесь речь идет не о судебном прецеденте, а лишь о свободе судейского усмотрения. Подобно этому «в большинстве государств мира в разных формулировках действует схожее правило, смысл которого сводится к тому, что отсутствие нормы не освобождает суд от необходимости вынести решение»².

Также определенную роль в повышении внимания к судебному прецеденту сыграл интерес отечественных ученых того периода к зарубежной, и прежде всего европейской правовой науке, в которой данный источник права всегда пользовался особыми преференциями.

Следует отметить, что как в дореволюционной, так и современной России, отношение к судебному прецеденту неоднозначное. Одни ученые признают классический прецедент (отличный от судебной практики) в качестве полноценного источника отечественного права. Среди апологетов данной точки зрения можно назвать Е. Н. Трубецкого, упоминавшего прецедент в качестве основного источника права наряду с обычаем и законом, при этом квалифицируя прецедент как древнейший из них³, а также С. А. Муромцева, указывавшего следующее: «... судья – законодатель тем более деятельный, чем менее деятельным оказывается сам законодатель»⁴.

Другие ученые полностью отрицают судебный прецедент как самостоятельный источник российского права. В частности, Г. Ф. Шершеневич выступал «против признания легитимности судебного пра-

¹ Цит. по: Мкртумян А. Ю. Судебная практика как источник российского права // История государства и права. – 2008. – № 9. – С. 4.

² Кобзева С. И. Источники права социального обеспечения России : монография. М. : Проспект, 2009. С. 42.

³ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1909. С. 120.

⁴ Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском американском праве. М. : Статут, 2011. С. 177.

вотворчества»¹. Л. И. Петражицкий и И. А. Покровский категорически возражали против активной правотворческой роли судов².

Третьи отождествляют судебный прецедент и судебную практику (что демонстрирует неклассический подход к прецеденту) и относят судебное правотворчество в целом к источникам права (Ф. В. Тарановский: «право судебной практики и есть прецедентное право»³).

Четвертые разделяют судебный прецедент и судебную практику, утверждая только последнюю в качестве источника отечественного права. К выделенной нами четвертой группе ученых относится, например, Ю. С. Гамбаров, писавший следующее: «Судебной практике постоянно приходилось и приходится изменять, дополнять и даже отменять ... закон, если он оказывается в противоречии с наличными потребностями ... и также постоянно создавать, под влиянием тех же импульсов, новое право...»⁴; «при этом ученый не считает судебный прецедент источником права»⁵. Н. М. Коркунов указывал следующее: «Признавая судебную практику самостоятельным источником права, мы должны оговориться, что это не следует понимать так, чтобы раз принятое судом решение какого-нибудь спорного вопроса безусловно связывало суд на будущее время»⁶.

Проанализировав взгляды как противников, так и сторонников существования судебного правотворчества в России, можно отметить, что все внимание они уделяют поиску сугубо позитивистских (юридических) аргументов, забывая при этом, что само судебное право – институт свободного западноевропейского гражданского общества, несущий отпечаток естественно-правовых доктрин, «выросший на чуждой для России почве», вследствие чего для его познания необходимы иные, более глубинные, доводы и объяснения.

По этой причине рассмотрим ряд социально-культурологических детерминант, затрудняющих имплементацию судебного прецедента в структуру отечественного права.

Во-первых, отсутствие присущего западному правосознанию индивидуализма и доминирование общинности, соборности, коллекти-

¹ Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском американском праве. М. : Статут, 2011. С. 182.

² Там же. С. 187.

³ Тарановский Ф. В. Указ. соч. С. 193.

⁴ Цит. по: Карапетов А. Г. Указ. соч. С. 179–180.

⁵ Там же. С. 180.

⁶ Там же. С. 186.

визма, что хотя в ряде случаев и характеризует с положительной стороны российскую ментальность, но в данной ситуации обуславливает приоритет применения формальных норм-шаблонов ко всем, не принимая во внимание неповторимость каждой личности, попавшей в сферу права. В то время как для судебного правотворчества имманентны следующие черты:

- оличенность, т. е. строгая персонификация, различение конкретных людей, а не абстрактных лиц;
- казуальность, представляющая собой гибкость, применение правовых норм в соответствии со сложившимися в данном месте и в данное время обстоятельствами;
- конкретность, связанная с отсутствием формализма, лекальности;
- содержательность, т. е. концептуальность, обусловленность природой права, его принципами и «духом».

Во-вторых, усиленное влияние исполнительной и законодательной властей на судебную систему, часто лишаящее последнюю необходимой для судебного правотворчества независимости от государственного аппарата, бюрократии, коррупции и т. д. Деятельность отечественных судов во многом подчинена политике государства и именно это, а не якобы неприсущая правосудию функция правотворчества, претит принципу разделения властей, к тому же так ревностно соблюдаемого в странах общего права, широко применяющих судебные прецеденты. Кроме того, исполнительная власть в России уже нарушила данный формальный принцип (принцип разделения властей), занимаясь так называемым ведомственным правотворчеством и принимая подзаконные акты, содержащие обязательные нормы и правила поведения. (Столь тесная связь, переходящая, порой, в замещение друг другом судебной и исполнительной властей, формировалась исторически, когда еще в древней Руси первые организованные суды вершили сами удельные, а после и великие князья, одновременно являвшиеся главами исполнительной власти, управлявшими аппаратом принуждения).

Такое положение судебной власти в России усугубляется тем, что в настоящее время судейский корпус сформирован в основном не учеными и профессорами, толерантно относящимися к возможности влияния морали и религии на право, как, например, в США, а бывшими сотрудниками органов дознания и предварительного следствия, в правосознании которых сложилась «привычка» беспрекословно

подчиняться вышестоящим представителям исполнительной власти и не отступать от «буквы закона».

В-третьих, в Российской Федерации среди представителей различных концепций правопонимания редко можно встретить ярких представителей теологической теории появления права, впервые зародившейся в средневековой Европе и оказавшей непосредственное влияние на подчеркивание значимости судебного правотворчества. Именно в представлении европейского общества, реципированном из Средних веков, суд олицетворяет божественное правосудие и справедливость. Судья воспринимается ими как судящее правовое существо, как посредник между ними и Богом, сохраняющий элемент сакральности правосудия.

Кардинально противоположные черты можно отметить в менталитете российского общества. Для него присущи такие идеологемы, как «шемякин суд», «басманный суд» и т. п., что свидетельствует о снижении доверия общества к суду, уменьшению авторитетности, сакральности, на которых и должно строиться правосудие.

Не рассчитывая на возможность разрешения своего дела по совести и по праву, лица, попавшие в сферу судебной системы, хотят, чтобы их судили «хотя бы по закону», стараясь достичь мнимой объективности, отсутствия излишней «заинтересованности» судьи. В то время как небеспристрастность судьи в европейских судах воспринимается как должный и положительный для достижения правосудия элемент, как личностно-индивидуальный подход. В России эта пристрастность связана, как правило, с финансовыми вливаниями, непосредственно влияющими на решение суда.

В-четвертых, исторически сложившееся преобладание в качестве источников права законов, что всегда является следствием сверхсильной централизованной власти князя, монарха, генерального секретаря партии, президента и т. п., желающих путем унификации правового положения большей части населения не допустить роста гражданско-правовой оппозиции. Необходимо отметить, что чем больше государство хочет подвергнуть общество всеобъемлющему контролю, тем интенсивнее позиционируется закон (нормативный правовой акт) как доминирующий источник права. В отличие от последнего судебный прецедент – элемент западной правовой культуры, развитого гражданского общества и либеральной демократии.

В-пятых, присущая российской правовой ментальности халатность характерна и для деятельности судей, которые, принимая решение, часто ссылаются на «несправедливость» законов, принимаемых независимо от их воли и правовой позиции. Подобное не характерно для судей Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, особенно для тех, кто непосредственно творит судебный прецедент. Они берут на себя ответственность не только за справедливость решения, вынесенного по рассматриваемому ими делу, но и за иные решения, которые будут приняты в соответствии с появившимся прецедентом¹.

Данное отличие также подчеркивается в безымянном обращении к судье в Российской Федерации, закрепленном на законодательном уровне в Уголовно-процессуальном кодексе России – «Уважаемый суд» или «Ваша честь» (статья 257)², в то время как, например, к судьям Верховного суда Соединенных штатов Америки по сложившейся правовой традиции обращаются непосредственно по имени (например, «судья Роджер» и т. д.).

Распространение судебного прецедента в России в том виде, как его понимает классическая правовая теория, может поставить под сомнение легитимность власти государства, способствуя становлению и росту оппозиционных сил. Именно поэтому государству безынтересно позиционирование судебного прецедента в том его качестве, в котором он предстает в европейском праве, как источника отечественного права.

Те ученые, которые заявляют об актуальности судебного прецедента как источника российского права, говорят об ином, отличном от прецедента явлении, содержащем лишь отдельные признаки данного типа источников.

В связи с этим следует подчеркнуть нехарактерность для отечественного права судебного правотворчества, что обусловлено не столько чисто юридическими обстоятельствами, обсуждению которых и подчинены все ведущиеся дискуссии по вопросу возможности или

¹ Кроме того, судьи в англо-американской правовой семье следят за непротиворечивостью системы источников права в целом. Именно они определяют, «включать» или «не включать» то или иное положение в систему действующего права.

² Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 177-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2001. – № 52 (ч. 1), ст. 4921 (в ред. от 02.03.2016).

невозможности имплементации судебного прецедента в качестве источника отечественного права, сколько рассмотренными нами социально-культурологическими детерминантами.

Можно сказать, что сложившиеся под влиянием неправовых детерминант особенности отечественных источников права и самой правовой системы (доминанта государственных, политических факторов, наличие развитого юридического права как формы права, неорганичность, формализм, абстрактность и др.) несовместимы с системными характеристиками судебного прецедента (содержательность, авторитетность, синкретичность, органичность, казуальность, духовная насыщенность и т. д.). А внешняя (искусственная) имплементация приведет к искажению сущности данного источника (мы можем наблюдать это на примере признания рядом ученых: Р. З. Лившицем, В. М. Жуйковым, Б. Н. Топорниным¹ и др. постановлений Пленума Верховного суда Российской Федерации и определений Конституционного суда Российской Федерации судебными прецедентами). По словам В. С. Нерсисянца, пытаться совместить разъяснения высших судебных инстанций и судебный прецедент столь же невозможно, как и сочетание административно-командной системы с системой общего права и судебного прецедента². Перениматься будут лишь внешние формальные особенности (например, отождествление правотворчества в парламенте и в суде, законодательное закрепление юридической силы мнений некоторых ученых-доктринеров и т. д.), не подкрепленные содержательными признаками. Последние же не поддаются принудительной имплементации.

Еще одним источником права, широко признанным в мировой правовой практике и тесно взаимосвязанным с судебным прецедентом, является правовая обычай.

Правовой обычай представляет собой сложившееся в результате его многократного и длительного применения правило поведения, основанное на авторитете традиций. Данный источник права в настоящее время распространен в Соединенном Королевстве Велико-

¹ См.: Лившиц Р. З. Указ. соч. С. 9; Жуйков В. М. Указ. соч. С. 20; Топорнин Б. Н. Указ. соч. С. 42.

² Нерсисянец В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М. : Институт государства и права Российской академии наук, 1997. С. 41.

британии и Северной Ирландии, ряде стран Азии, Дальнего Востока, Африки и т. д.

Положение, занимаемое правовым обычаем в дореволюционной России, достаточно подробно проанализировано ранее в данной работе, здесь следует остановиться лишь на упоминании о нетождественности существовавшего в ту эпоху источника отечественного права его классическому европейскому аналогу.

Отношение советского государства к правовым обычаям следует выразить следующими словами председателя Верховного суда РСФСР в 1923–1932 гг. П. И. Стучки: «Народ творил ... обычай в прежней обстановке, в отошедшем или отходящем ныне строе, и поэтому вместе с писаными законами прежнего строя должны гибнуть и его обычаи, поскольку те и другие противоречат потребностям нового строя и новому правосознанию»¹. В связи с этим можно отметить, что в советской юридической системе правовым обычаям отводилась весьма скромная роль: они применялись лишь в порядке исключения (о чем уже упоминалось ранее). В этот период при плановой организации всей жизни общества и в первую очередь народного хозяйства законодатель пытался урегулировать все социальные отношения с помощью нормативных правовых актов. Во многом ему это удалось сделать, и обычаи были объявлены пережитками феодально-буржуазного прошлого, велась целенаправленная работа по их вытеснению².

Правовой обычай, так же, как и два рассмотренных ранее источника права (судебный прецедент и правовая доктрина), является содержательным, естественным и органичным природе права, основывающимся, что более подробно освещено ранее, на правовом сознании и авторитете. Здесь же следует только добавить, что невозможность в настоящее время заимствования правового обычая в том виде, в каком его признают государства иных правовых систем (классическом понимании), связана для России с рядом обстоятельств, в частности:

1) с доминированием юридического права как формы, практически не допускающей ничего негосударственного (а существующие, например, в гражданском праве обычаи, получив законодательное

¹ Цит. по: Источники российского права: вопросы теории и истории : учебное пособие / отв. ред. М. Н. Марченко. М. : Норма, 2011. С. 49.

² Бабай А. Н. Указ. соч. С. 44–48.

санкционирование, окончательно теряют связь с правом, как формой общественного сознания: обычай может сформироваться только там, где есть ниша, не заполненная законами);

2) с закрытостью совокупности источников российского права, проявляющейся в ограниченном влиянии большинства внешних факторов на элементы данного множества и недопущении «конкуренции» по отношению к нормативным правовым актам;

3) с преобладанием не системных, но структурных связей, например, связей строения, иерархии и т. п., обусловленных сетевым характером источников российского права, для которых взаимное расположение элементов более значимо, чем установление и фиксация их системных связей, а именно, связей функционирования (обеспечивающих реальную жизнедеятельность объекта или его работу), развития (модификация функциональных связей состояния с той, однако, разницей, что процесс развития существенно отличен от простой смены состояний), управления (в зависимости от их конкретного вида могут образовывать разновидность либо функциональных связей, либо связей развития)¹ и т. д. Кроме того, для появления правовых обычаев необходимо наличие развитого гражданского общества, правовой культуры, автономной от государства.

Чтобы возможность имплементации источников права других правовых семей стала для российского права реальностью, необходимо, чтобы оно избавилось от избыточного формализма, часто доминирующего государственно-политического влияния на право, основывалось на правовых ценностях и принципах права, отражающих «дух», а не «букву» закона и т. д.

Вышеобозначенное невозможно без изменения рассмотренных нами социально-культурологических детерминант. Именно «вследствие социально-культурных различий правовых систем возникает проблема совместимости источников различных правовых систем... Взаимная интеграция правовых систем, формирование некой макросистемы – возможное следствие глубинных общественных процессов, политических, идеологических, экономических и т.п., а не как следствие усилий законодателя»².

¹ Проблемы методологии системного исследования / ред. коллегия И. В. Блауберг и др. М. : Мысль, 1970. С. 43–45.

² Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. С. 155.

Целесообразно сделать ряд выводов по данной части работы.

Во-первых, «нетрадиционные» для России содержательные, органично отражающие природу права источники по своим системным свойствам не совместимы с совокупностью источников права Российской Федерации и не могут без соответствующего изменения более глубоких по своей природе социально-культурологических, духовных, психологических и т. п. условий естественным образом стать частью последней.

В связи с этим, во-вторых, успешная имплементация в совокупность источников права России возможна лишь применительно к таким источникам права, которые по своим системным свойствам не противоречат системным качествам и особенностям отечественных источников права, а также гармонично сочетаются с комплексом социально-культурологических факторов, обуславливающих национальную правовую систему России.

Таким образом, следует отметить, что, во-первых, применение социально-культурологического подхода к анализу системных свойств источников права позволяет определить возможности имплементации источников права различных правовых семей, их способности стать полноценным элементом совокупности источников права государства, относящегося к иной правовой семье, установить оптимальные направления правотворчества и правоприменения в условиях актуализации тенденций глобализации и интеграции правовых институтов; во-вторых, особенности системных свойств источников права не носят однозначно определенного характера и обусловлены комплексом факторов: правопониманием исследователя, многообразием аспектов и форм права, спецификой правовых систем конкретных государств.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенное исследование вопросов, связанных с особенностями системных свойств источников права, позволило получить ряд важных в теоретическом и практическом планах результатов.

К числу наиболее значимых из них, на наш взгляд, необходимо отнести следующие.

1. Очевидна целесообразность применения системной методологии в отношении правовых явлений в целом и источников права в частности, обусловленная актуальностью для настоящего времени тенденции интеграции научного знания, перспективностью интенсификации в исследовании данного института правовой науки, а также многообразием возможностей по управлению, организации и прогнозированию дальнейшего развития объектов исследования.

2. В то же время применение системной методологии к источникам права требует принятия во внимание достаточно большого количества особенностей как самой методологии, так и источников права, телеологичной авторской позиции по данному вопросу, учета результатов предшествующих исследований источников права, а также многих достижений современной науки как в сфере юриспруденции, так и в области общей теории систем, тектологии и др.

3. Знания об основных системно-структурных особенностях источников позитивного права позволят в ходе правотворческой и правоприменительной деятельности уменьшить число коллизий, противоречий, лакун и т. д., быстро и эффективно определить расположение того или иного источника во всем массиве норм. Кроме того, данные знания обеспечат в целом улучшение качества правового регулирования, а также действия самого права.

4. Государственное, обычное и международное право опирается на «закон», обладающий абсолютной силой, но понятие «закона» для каждого из них будет отличным. В частности, для государственного права «закон» – это документально оформленный, установленный властью государства запрет либо повеление, носящее общеобязательный характер; для обычного права «закон» выражает правила человеческого общежития, обусловленные социальными целями и задачами; в международном праве «закон» отражает правила поведения народов и государств, обладающие легитимностью и признанной целесообразностью, необходимостью.

5. Для государственного, обычного и международного права объединение закона с властью в тех смысловых значениях, в которых первый применяется в каждой из форм права, также представляет собой источник права для данных форм. Но для государственного права эта власть является анонимной; в обычном праве власть имеет персонифицированного субъекта, придающего ей авторитетный характер, а в международном праве власть преимущественно неперсонифицированная.

6. Объединяющим фактором для источников государственного права является государственное влияние, системообразующим элементом для источников обычного права выступает общественный авторитет, а для источников международного права вследствие противоречивости свойств собственно международного и межгосударственного права выделение общего интегрирующего либо системообразующего элемента представляется нецелесообразным.

7. Источники права в целом с позиции системного анализа следует рассматривать как сложноструктурированную, противоречивую систему, обладающую системообразующими элементами, общесистемными и иными системными свойствами (отличными от свойств отдельных источников права), детерминирующими свойства и особенности действующего права в целом.

8. Системные особенности источников права во многом взаимно обусловлены с сущностными социально-культурологическими особенностями тех правовых семей, которым они принадлежат, отражают их уникальность, а значит, выступают показателем необходимости деления права на правовые семьи, определяют возможности и целесообразность их интеграции в отдельных аспектах.

9. Для констатации существования системы и особенностей системных свойств источников права недостаточно наличия установленных государством правил, жесткой иерархизации и структуризации источников права; должен сложиться органичный комплекс особенностей, обусловленных, в том числе, помимо правовых и политических, более глубинными и содержательными социально-культурологическими факторами.

10. Установление уникальности отечественных правовой системы и источников права имеет следствием необходимость учета ряда факторов, сущностно обуславливающих данную самобытность, при правовом реформировании, правотворчестве, правоприменении и т. д.

11. Успешная имплементация в совокупность источников права России возможна лишь применительно к таким источникам права, которые по своим системным свойствам не противоречат системным качествам и особенностям отечественных источников права, а также гармонично сочетаются с комплексом социально-культурологических факторов, обуславливающих национальную правовую систему России.

12. Применение социально-культурологического подхода к анализу системных свойств источников права позволяет определить возможности имплементации источников права различных правовых семей, их способности стать полноценным элементом совокупности источников права государства, относящегося к иной правовой семье, установить оптимальные направления правотворчества и правоприменения в условиях тенденций глобализации и интеграции правовых институтов.

13. Особенности системных свойств источников права не носят однозначно определенного характера и обусловлены комплексом факторов: правопониманием исследователя, многообразием аспектов и форм права, спецификой правовых систем конкретных государств и др.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативные правовые акты и иные документы официального характера

1. Конституция Российской Федерации [Текст] : [принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.: по состоянию на 21 июля 2014 г.] // Российская газета. – 1993. – № 237. – 25 дек.

2. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ [Текст] : [федеральный закон: принят Гос. Думой 22 ноября 2001 г.: по состоянию на 2 марта 2016 г.] // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2001. – № 52 (ч. 1), ст. 4921.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ [Текст] : [федеральный закон: принят Гос. Думой 21 октября 1994 г.: по состоянию на 31 января 2016 г.] // Российская газета. – 1994. – № 238–239. – 30 нояб.

4. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ [Текст] : [федеральный закон: принят Гос. Думой 23 октября 2002 г.: по состоянию на 30 декабря 2015 г.] // Российская газета. – 2002. – № 220. – 20 нояб.

5. Указ Президента Российской Федерации от 15 марта 2000 г. № 511 «О классификаторе правовых актов» [Текст] // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 2000. – № 12, ст. 1260.

6. Указ Президента Российской Федерации от 7 июля 1994 г. № 1473 «О программе «Становление и развитие частного права в России» [Текст] // Российская газета. – 1994. – № 129. – 12 июля.

7. Венская Конвенция о праве международных договоров (заключена в Вене 23 мая 1969 г.) [Текст] // Работа комиссии международного права. – Нью-Йорк : Организация Объединенных Наций, 1988. – Изд. IV. – С. 287–316.

8. Устав Организации Объединенных наций. Статут Международного Суда (принят в Сан-Франциско 26 июня 1945 г.) [Текст] // Действующее международное право. – М. : Московский независимый институт международного права, 1996. – Т. 1. – С. 797–811.

9. О суде: Декрет Совета Народных Комиссаров от 7 марта 1918 г. № 2 [Текст] // Собрание узаконений РСФСР. – 1918. – № 26, ст. 420.

10. Полное собрание законов Российской империи [Текст] // Собрание третье. – СПб., 1909. – Т. XXVI. – 743 с.

11. Свод законов Российской империи [Текст] // Том XVII. – Ч. 3. – СПб., 1833. – 593 с.
12. Договоры Руси с Византией 911, 944 гг. [Текст] // Антология мировой правовой мысли: в 5 т. – М. : Мысль, 1999. – Т. IV. – 813 с.

Научная литература

13. Алексеев С. С. Право: азбука-теория-философия: Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. – М., 1999. – 712 с.
14. Артюхов В. В. Общая теория систем: самоорганизация, устойчивость, разнообразие, кризисы / В. В. Артюхов. 2-е изд. – М. : Книжный дом «Либроком», 2010. – 224 с.
15. Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учебник для юридических вузов и факультетов / М. В. Баглай. – М. : ИНФРА-М, НОРМА, 1997. – 390 с.
16. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства / И. Бентам. – СПб., 1867. – Т. 1. – 501 с.
17. Берталанти Л. фон. Общая теория систем – критический обзор. Исследования по общей теории систем : сборник переводов / Л. фон Берталанти / общ. ред. В. Н. Садовского и Э. Г. Юдина. – М. : Прогресс, 1969. – 520 с.
18. Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории / А. А. Васильев. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 272 с.
19. Васильев А. А. Консервативная правовая доктрина России: общетеоретические аспекты / А. А. Васильев. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 336 с.
20. Вопленко Н. Н. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции / Н. Н. Вопленко, А. П. Рожнов. – Волгоград : ВолГУ, 2004. – 205 с.
21. Гленсдорф П. Термодинамическая теория структуры, устойчивости и флуктуаций / П. Гленсдорф, И. Р. Пригожин. – М. : URSS, 2003. – 280 с.
22. Гоббс Т. Основы философии. Часть третья. О гражданине: в 2 т. / Т. Гоббс. – М. : Мысль, 1989. – Т. 1. – 622 с.
23. Гумплович Л. Основания социологии (фрагменты). Западно-европейская социология XIX – начала XX вв. / Л. Гумплович / под ред. В. И. Добренькова. – М. : Международный университет бизнеса и управления, 1996. – 182 с.

24. Гурвич Г. Д. Философия и социология права : избранные сочинения / Г. Д. Гурвич. – СПб. : Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. – 848 с.

25. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М. : Международные отношения, 2009. – 456 с.

26. Дворкин Р. О правах всерьез / Р. Дворкин. – М. : Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2004. – 392 с.

27. Дробышевский С. А. Формальные источники права / С. А. Дробышевский, Т. Н. Данцева. – М. : Норма: ИНФРА-М, 2011. – 160 с.

28. Дювернуа Н. Л. Источники права и суд в древней России: опыты по истории русского гражданского права / Н. Л. Дювернуа. – М. : Юридический центр Пресс, 2004. – 394 с.

29. Жилин Д. М. Теория систем: опыт построения курса / Д. М. Жилин. 5-е изд., испр. – М.: Книжный дом «Либроком», 2010. – 176 с.

30. Зивс С. Л. Источники права / С. Л. Зивс. – М. : Наука, 1981. – 239 с.

31. Ильин И. А. Собрание сочинений в десяти томах / И. А. Ильин. – М. : Русская книга, 1994. – Т. 4. – 624 с.

32. Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин. – М. : Зерцало, 2003. – 550 с.

33. Капустин А. А. Системное мышление для правоведов (вопросы методологии) : монография / А. А. Капустин. – СПб. : СПбГИЭУ, 2011. – 158 с.

34. Карапетов А. Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском американском праве / А. Г. Карапетов. – М. : Статут, 2011. – 308 с.

35. Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права / Д. А. Керимов. – М., 2000. – 560 с.

36. Кобзева С. И. Источники права социального обеспечения России : монография / С. И. Кобзева. – М. : Проспект, 2009. – 264 с.

37. Конституция Российской Федерации с комментариями для изучения и понимания / Лозовский Л. Ш., Райзберг Б. А. – М., 2008. – 128 с.

38. Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / А. Д. Корецкий / отв. ред. П. П. Баранов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 211 с.

39. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. 2-е изд. / Н. М. Коркунов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 430 с.
40. Крайнюченко И. В. Системное мировоззрение. Теория и анализ : учебник для вузов / И. В. Крайнюченко, В. П. Попов. – Пятигорск : ИНЭУ, 2005. – 218 с.
41. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс / под общ. ред. Ф. М. Решетникова. – М. : Юрид. лит., 1985. – 184 с.
42. Кутафин О. Е. Источники конституционного права Российской Федерации / О. Е. Кутафин. – М. : Юрист, 2002. – 348 с.
43. Леонтьева Е. Н. Система источников русского права XVII в. : монография / Е. Н. Леонтьева. – Чебоксары, 2009. – 148 с.
44. Ллойд Д. Идея права. 5-е изд. / Д. Ллойд. – М. : «КНИГОДЕЛ», 2009. – 376 с.
45. Лучин В. А., Мазуров А. В. Указы Президента Российской Федерации. Основные социальные и правовые характеристики / В. А. Лучин, А. В. Мазуров. – М., 2000. – 300 с.
46. Малахов В. П. Право Европейского Союза: проблема источников : монография / В. П. Малахов. – М. : Московский университет МВД России, 2003. – 192 с.
47. Малахов В. П. Правосознание: природа, содержание, логика : монография / В. П. Малахов. – М., 2001. – 385 с.
48. Мануйлов Ю. С. Методология системных исследований / Ю. С. Мануйлов, Е. А. Новиков. – СПб. : ВКА имени А.Ф. Можайского, 2008. – 159 с.
49. Маркс К. Собр. соч. в 50 т. 2-е изд. / К. Маркс, Ф. Энгельс. – Т. 18. – 746 с.
50. Мейер Д. И. Русское гражданское право : в 2 ч. / Д. И. Мейер. – М. : Статут, 1997. Ч. 1. – 845 с.
51. Малахов В. П. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории : монография / В. П. Малахов, Н. Д. Эриашвили. – М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – 431 с.
52. Малахов В. П. Правовая мысль: Антология : учебное пособие для студентов вузов / В. П. Малахов. – М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – 903 с.
53. Малахов В. П. Философия права. Идеи и предположения : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специально-

ствам «Юриспруденция» и «Философия» / В. П. Малахов. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2008. – 391 с.

54. Малахов В. П. Философия права : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальностям «Юриспруденция» (030501) / В. П. Малахов. 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2007. – 336 с.

55. Марченко М. Н. Источники права : учебное пособие / М. Н. Марченко. – М. : Проспект, 2011. – 768 с.

56. Михайловский И. В. Очерки философии права / И. В. Михайловский. – Томск, 1914. – Т. 1. – 632 с.

57. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для юридических вузов и факультетов / В. С. Нерсисянц. – М. : НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – 552 с.

58. Никишин В. В. Судебный прецедент как источник экологического права Европейского союза и России: сравнительно-правовой анализ : монография / отв. ред. О. Л. Дубовик / В. В. Никишин. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 256 с.

59. Новицкий И. Б. Римское право. 6-е изд., стереотипное / И. Б. Новицкий. – М., 1997. – 245 с.

60. Зумбулидзе Р.-М. З. Обычай в праве : сборник / Р.-М. З. Зумбулидзе, А. И. Поротиков. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 382 с.

61. Осакве К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий : учебно-практическое пособие / К. Осакве. – М. : Юрист, 2008. – 830 с.

62. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л. И. Петражицкий. – СПб. : Слово, 1907. – 656 с.

63. Поляков А. В. Введение в общую теорию права и государства : курс лекций / А. В. Поляков. – М., 2005. – 500 с.

64. Проблемы методологии системного исследования / ред. коллегия И. В. Блауберг и др. – М. : Мысль, 1970. – 455 с.

65. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. – М. : Норма, 2004. – 832 с.

66. Пухта Г. Ф. Энциклопедия права. Переведено с 6-го изд. / под ред. П. Карасевича / Г. Ф. Пухта. – Ярославль, 1872. – 99 с.

67. Радько Т. Н. Хрестоматия по теории государства и права / Т. Н. Радько. – М. : Проспект, 2013. – 720 с.

68. Разуваев Н. В. Источник права: классическая и постклассическая парадигмы : монография / под общ. ред. И. Л. Честнова / Н. В. Разуваев, А. Э. Черноков, И. Л. Честнов. – СПб. : ИВЭСЭП, 2011. – 172 с.
69. Ренненкампф Н. К. Юридическая энциклопедия / Н. К. Ренненкампф. – Киев, 1898. – 293 с.
70. Родионова О. М. Источники гражданского права России: история и современность / О. М. Родионова. – М. : Юрлитинформ, 2009. – 184 с.
71. Романов А. К. Право и правовая система Великобритании : учебное пособие / А. К. Романов. – М. : ФОРУМ, 2010. – 288 с.
72. Ромашов Р. А. Источники права. Теория государства и права : учебник / Р. А. Ромашов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2005. – 630 с.
73. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение / А. Х. Саидов. – М. : Норма: ИНФРА-М, 2011. – 368 с.
74. Сергеевич В. И. Лекции по истории русского права / В. И. Сергеевич. – СПб., 1889–1890. – 358 с.
75. Скляр И. Ф. Система – системный подход – теории систем / И. Ф. Скляр. – М. : Книжный дом «Либроком», 2011. – 152 с.
76. Стандарты научности и *homo juridicus* в свете философии права : материалы пятых и шестых философско-правовых чтений памяти акад. В. С. Нерсисянца / отв. ред. В. Г. Графский. – М. : Норма, 2011. – 224 с.
77. Тарановский Ф. В. Энциклопедия права : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по юридическим специальностям / Ф. В. Тарановский. – СПб. : Санкт-Петербургский университет МВД России, 2001. – 560 с.
78. Трубецкой, Е.Н. Труды по философии права / Е.Н. Трубецкой. – СПб., Изд-во РХГИ, 2001. – 543 с.
79. Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права / Е. Н. Трубецкой. – М., 1909. – 172 с.
80. Философия и методология науки: В.И. Вернадский. Учение о биосфере / П. С. Карако. – Минск : Экоперспектива, 2007. – 208 с.
81. Харт Г. Л. А. Понятие права / Г. Л. А. Харт. СПб. : Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2007. – 302 с.
82. Ходзинская А. Б. Система источников конституционного права: Опыт комплексно-системного исследования : монография / А. Б. Ходзинская, Е. А. Шапиро. – М. : Спутник, 2008. – 183 с.

83. Храмов Д. В. Нетрадиционные источники российского частного права: общетеоретический аспект : монография / под науч. ред. докт. юрид. наук, проф. А. В. Малько / Д. В. Храмов. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 192 с.

84. Чижов Н. Е. Источник и формы права / Н. Е. Чижов. – Варшава: Тип. И. Носковского, 1878. – 266 с.

85. Шебанов А. Ф. Форма советского права / А. Ф. Шебанов. – М. : Юрид. лит., 1968. – 216 с.

86. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права : В 2 т. / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1995. – Т. 2. – 624 с.

87. Щедровицкий Г. П. Избранные труды / Г. П. Щедровицкий. – М. : Шк. культ. полит., 1995. – 800 с.

88. Эшби У. Р. Введение в кибернетику / У. Р. Эшби. – М. : Издательство иностранной литературы, 1959. – 432 с.

89. Юдин Э. Г. Методология науки. Системность. Деятельность / Э. Г. Юдин. – М. : Эдиториал УРСС, 1997. – 444 с.

90. Bederman D. J. Custom as a Source of Law, Cambridge University Press, 2010. – 256 pp.

91. Brunner H. The sources of English law. Committee of the Association of American Law Schools, Select Essays in Anglo-American Legal History, vol. 2 (1907).

92. Dworkin R. M. Sovereign virtue: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000. – 512 pp.

93. Gray J. Ch. The nature and sources of law. New York: Columbia University Press. 1909. – 332 pp.

94. Honoré T. Relating to responsibility: essays in honor of Tony Honore on his 80th birthday, by Peter Cane and John Gardner (Editors). Oxford: Hart Publishing Co., 2001. – 246 pp.

Научные статьи

95. Абдрашитов В. М. Судебный прецедент как источник российского права и влияние современной прецедентной практики Европейского суда по правам человека на развитие имплементации норм международного права в Российской Федерации / В. М. Абдрашитов // Юридическая мысль. – № 5 (61). – СПб. : Изд-во юрид. института (Санкт-Петербург), 2010. С. 53–56.

96. Абдуллин А. И. Судебный прецедент в системе источников европейского права / А. И. Абдуллин // Европейский гражданский

процесс и исполнительное производство : сборник материалов Международной научно-практической конференции. (Казань : Казанский (Приволжский) федеральный университет, 25 марта 2011 г.). – М. : Статут, 2012. – С. 50–57.

97. Абдуллин А. И. Судебный прецедент в системе источников права Европейского Союза / А. И. Абдуллин // Правовая политика и правовая жизнь. – М., Саратов : Сарат. филиал ИГИП РАН, 2012. – № 2. – С. 144–148.

98. Абрамян А. Г. Административная практика как источник права / А. Г. Абрамян // Право и государство: теория и практика. – № 3 (87). – С. 103–106.

99. Анисимов А. П. Судебный прецедент: от теории к практике / А. П. Анисимов, Р. Г. Мельниченко // Российский судья. – 2009. – № 3. – С. 6–10.

100. Александров Н. Г. Понятие источника права / Н. Г. Александров // Ученые труды ВИЮН. Вып. VIII. – М., 1946. – С. 43–53.

101. Асагиев А. Р. Правовой обычай в системе российского права / А. Р. Асагиев // Материалы Пятой межрегиональной научной конференции «Студенческая наука – экономике России». – Ставрополь, 2005. – С. 20–24.

102. Бабай А. Н. Становление и развитие отечественной концепции источников права / А.Н. Бабай // История государства и права. – 2010. – № 14. – С. 44–48.

103. Баринов Д. А. Имплементация общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации в систему источников российского права / Д. А. Баринов // Актуальные вопросы правовой политики в современных условиях : сборник материалов Всероссийской заочной научно-практической конференции (февраль–март 2009 г.). – Хабаровск, 2009. – С. 251–258.

104. Баринов Д. А. Место и роль общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации в системе источников российского права / Д. А. Баринов // Источники права: проблемы теории и практики : сборник материалов межвузовского «круглого стола». – Хабаровск : Издательство Дальневосточного юридического института МВД России, 2009. – С. 14–21.

105. Белкин А. А. Обычаи и обыкновения в государственном праве / А. А. Белкин // Известия вузов. Правоведение. – 1998. – № 1. – С. 34–39.

106. Белкин М. Л. Роль судебного прецедента в реализации принципов правового государства / М. Л. Белкин // Мировой судья. – 2010. – № 3. – С. 10–12.

107. Белых В. С. Судебный прецедент как источник правового регулирования: спорные вопросы теории и практики / В. С. Белых // Закон. – 2012. – № 5. – С. 185–191.

108. Богдановская И. Ю. Судебный прецедент – источник права? / И. Ю. Богдановская // Государство и право. – 2002. – №12. – С. 5–10.

109. Бошно С. В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права / С. В. Бошно // Журнал российского права. – 2003. – № 1. – С. 82–91.

110. Бошно С. В. Соотношение понятий форма и источник права / С. В. Бошно // Юрист. – 2001. – № 10. – С. 15–22.

111. Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права / С. В. Бошно // Журнал российского права. – 2003. – № 12. – С. 70–79.

112. Василевич Г. А. Международные договоры и акты межгосударственных объединений как источники права / Г. А. Василевич // Вестник Межпарламентской Ассамблеи. – 2000. – № 2. – С. 105–109.

113. Ветютнев Ю. Ю. Синергетика в праве / Ю. Ю. Ветютнев // Государство и право. – 2002. – № 4. – С. 64–69.

114. Винникова Р. В. Категория «источник права» в национальном и международном праве / Р. В. Винникова // Проблемы права. Международный правовой журнал. – 2006. – № 2. – С. 77–79.

115. Воронина М. Ф. Понятие источников (форм) права в теории государства и права и в юридических отраслевых науках / М. В. Воронина // История государства и права. – 2007. – № 19. – С. 2–3.

116. Гаджиев Г. А. Феномен судебного прецедента в России / Г. А. Гаджиев // Судебная практика как источник права. – 2000. – С. 98–106.

117. Газимагомедов А. А. Источники права как развивающаяся система представлений / А. А. Газимагомедов // Материалы научно-практической конференции юридического факультета Елецкого государственного университета им. И. А. Бунина. Вып. 11. – Елец, 2010. – С. 15–18.

118. Гамбаров Ю. С. Право в его основных моментах / Ю. С. Гамбаров // Правоведение. – 1995. – № 4. – С. 97–133.

119. Гареева И. А. Системообразующие признаки и свойства социальных систем / И. А. Гареева // Вестник ТОГУ. – 2009. – № 3 (14). – С. 201–206.

120. Головкин Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений / Л. В. Головкин // Вестник гражданского права. – 2010. – № 6. – Т. 10. – С. 6–34.

121. Гранат Н. Л. Источники права / Н. Л. Гранат // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 6–12.

122. Графский В. Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще не заверченный проект / В. Г. Графский // Ежегодник российского права. – 2001. – С. 121–135.

123. Денисов С. А. Источники реального государственного права / С. А. Денисов // Конституционное и муниципальное право. – 2011. – № 4. – С. 2–9.

124. Жуков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права / В. М. Жуков // Судебная практика как источник права. – 1997. – С. 16–24.

125. Захаров В. В. Решения Конституционного Суда в системе источников российского права / В. В. Захаров // Журнал российского права. – 2006. – № 11. – С. 25–31.

126. Иванюк О. А. Источник права: проблема определения / О. А. Иванюк // Журнал российского права. – 2007. – № 9. – С. 142–150.

127. Игнатьев А. С. К вопросу о соотношении понятий «источник права» и «форма права» в отечественной теории права: историко-этимологический обзор / А. С. Игнатьев // Правовая система России: реалии и проблемы модернизации : сборник научных статей. – СПб. : СЗИ РАНХиГС, 2012. – С. 80–87.

128. Институты государства и права в их историческом развитии : сборник научных статей к 60-летию Владимира Алексеевича Томсина / отв. ред. Т. Е. Новицкая. – М. : Зерцало-М, 2012. – 400 с.

129. Иодковский Э. В. Решения Европейского суда по правам человека в системе источников гражданского процессуального права / Э. В. Иодковский // Актуальные проблемы российского права. – 2011. – № 4 (21). – С. 130–141.

130. Кананькина Е. С. Анализ английских источников права: от обычного права к прецедентному (ч. 1) / Е. С. Кананькина // История государства и права. – 2012. – № 4. – С. 21–25.

131. Кананыкина Е. С. Анализ английских источников права: от обычного права к прецедентному (ч. 2) / Е. С. Кананыкина // История государства и права. – 2012. – № 5. – С. 38–42.

132. Карташов В. Н. Традиционные и современные подходы к пониманию источников права / В. Н. Карташова // Источники права: проблемы теории и практики : материалы конференции 22–25 мая 2007 г. – М. : РАП, 2008. – С. 55–62.

133. Картушев А. А. Судебный прецедент в Российской Федерации: реальность и перспектива / А. А. Картушев // Мировой судья. – 2011. – № 4. – С. 21–22.

134. Кечекьян С. Ф. О понятии источника права / С. Ф. Кечекьян // Ученые записки: Труды юридического факультета. Ученые записки МГУ. Вып. 116. – М., 1946. – Кн. 2. – С. 3–25.

135. Клименко А. И. Система источников права человека / А. И. Клименко // История государства и права. – 2008. – №3. – С. 3–6.

136. Ковалева Л. А. Место доктрины в системе источников права / Л. А. Ковалева // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. – 2009. – № 3 (4). – С. 82–83.

137. Ковтун Д. В. К вопросу о «нетрадиционных» источниках (формах) российского права / Д. В. Ковтун // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. Серия «Юриспруденция». – Тольятти : ВУиТ, 2006. – Вып. 61. – С. 33–39.

138. Кондратьева Е. В. Категория «источник права» в международном частном праве / Е. В. Кондратьева // Актуальные проблемы частноправового регулирования : материалы Международной VI научной конференции молодых ученых (г. Самара, 28–29 апреля 2006 г.) : сборник научных статей. – Самара : Универс-групп, 2006. – С. 311–312.

139. Кудрявцев В. Н. Право: Развитие общего понятия / В. Н. Кудрявцев, А. М. Васильев // Советское государство и право. – 1985. – № 7. – С. 3–13.

140. Кузьмин А. В. Правотворческая воля в структуре идеальных источников права / А. В. Кузьмин // История государства и права. – 2008. – № 9. – С. 2–3.

141. Лановая Г. М. Источники права: сущность проблемы и основные предпосылки ее разрешения / Г. М. Лановая // Ученые труды российской академии адвокатуры. – 2008. – № 5. – С. 4–9.

142. Лебедев В. А. Методологические подходы к пониманию категории «система источников конституционного права» / В. А. Лебе-

дев, П. М. Кандилов // Вестник Челябинского государственного университета. – 2006. – № 2. – С. 5–12.

143. Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права / Р. З. Лившиц // Журнал российского права. – 1997. – № 6. – С. 3–16.

144. Лэйст О. Э. Три концепции права / О. Э. Лэйст // Советское государство и право. – 1991. – С. 3–12.

145. Любитенко Д. Ю. Системные свойства правовых доктрин / Д. Ю. Любитенко // Вестник Владимирского юридического института. – 2011. – № 1 (18). – С. 140–145.

146. Малова О. В. О проблеме источников права / О. В. Малова // Юридический институт ИГУ. Сибирский Юридический Вестник. – 2000. – № 4. – С. 11–13.

147. Малахов В. П. Многообразие методологий современной теории государства и права: Системная методология / В. П. Малахов // История государства и права. – 2009. – № 19. – С. 43–45.

148. Малышев В. А. Доктрина судебного прецедента: проблемы понимания судебного прецедента в странах с различной правовой системой / В. А. Малышев, Е. С. Четвертакова // Проблемы права. – 2010. – № 1. – С. 186–189.

149. Малюшин К. А. Система источников гражданского исполнительного права / К. А. Малюшин // Исполнительное право. – 2011. – № 1. – С. 15–22.

150. Мамонтов А. Г. Возможности системной методологии исследования судебно-правовой сферы / А. Г. Мамонтов // История государства и права. – 2010. – № 4. – С. 19–22.

151. Мамонтов А. Г. Принципы системного подхода в исследованиях источников права / А. Г. Мамонтов, Ф. М. Гаджинова // Вестник Московского университета МВД России. – 2005. – № 1. – С. 9–14.

152. Марченко М. Н. Форма права: проблемы понятия и значения / М. Н. Марченко // Вестник Московского университета. Серия право. – 2002. – № 1. – С. 3–15.

153. Матвеева Т. А. Система источников таможенного права в условиях функционирования Таможенного союза / Т. А. Матвеева // Вестник Воронежского государственного университета. – 2011. – № 1 (10). – С. 208–220.

154. Матинян М. А. Специфика системы источников английского права / М. А. Матинян // Общество и право. – 2009. – № 4. – С. 276–277.

155. Мелекаев Р. К. Судебный прецедент как источник российского права / Р. К. Мелекаев // Актуальные проблемы юридической науки : материалы международной научно-практической конференции (Ставрополь, 17 сентября 2004 г.). – Ставрополь : Ставрополь-сервисшкола, 2004. – С. 177–179.

156. Мингалиев Р. Р. Судебный прецедент и судебная практика как источники права в современной России / Р. Р. Мингалиев // Проблемы современной юридической науки и практики : сборник статей студентов, аспирантов и молодых ученых: в 2 т. – Красноярск : СФУ, 2011. – Т. 1. – С. 88–93.

157. Минникес И. В. Обычай как источник русского права: историко-правовой анализ / И. В. Минникес // История государства и права. – 2010. – № 15. – С. 7–10.

158. Мкртумян А. Ю. Судебная практика как источник российского права (историко-правовой аспект) / А. Ю. Мкртумян // История государства и права. – 2008. – № 9. – С. 3–4.

159. Муромцев Г. И. Источники права (теоретические аспекты проблемы) / Г. И. Муромцев // Правоведение. – 1992. – № 2. – С. 23–30.

160. Мыскин А. В. Обычай, противоречащий закону: миф или реальность? / А. В. Мыскин // Юрист. – 2009. – № 3. – С. 66–69.

161. Нерсисянц В. С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право / В. С. Нерсисянц // Судебная практика как источник права. – 1997. – С. 34–41.

162. Нерсисянц В. С. Философия права: либертарно-юридическая концепция / В. С. Нерсисянц // Вопросы философии. – 2002. – № 3. – С. 3–15.

163. Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине / Т. Н. Нешатаева // Судебная практика как источник права. – 2000. – С. 91–97.

164. Никишин В. В. Судебный прецедент и обычай как источники экологического права стран англосаксонской и романо-германской правовых семей / В. В. Никишин // Российский судья. – 2011. – № 2. – С. 22–23.

165. Ображиев К. В. Источники российского уголовного права как переменная система / К. В. Ображиев // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы IX Международной научно-практической конференции 26–27 января 2012 г. – М. : Проспект, 2012. – С. 50–54.

166. Пашенцев Д. А. Особенности системы источников права Российской империи / Д. А. Пашенцев // История государства и права. – 2009. – № 19. – С. 25–28.

167. Плоцкая О. А. Система источников права в первые десятилетия своего существования советской России / О. А. Плоцкая // Вестник КРАГСиУ. – 2011. – № 14. – С. 71–79.

168. Попов В. В. Права человека как источник субъективных прав / В. В. Попов // Право как ценность и средство государственного управления обществом : сборник научных трудов. – Волгоград, 2005. – Вып. 2. – С. 97–101.

169. Пузиков Р. В. Проблемы доктринального переосмысления системы источников частного и публичного права в России: к постановке проблемы / Р. В. Пузиков // Источники частного и публичного права : сборник научных трудов по материалам Международной научно-практической конференции 18 февраля 2011 г. – Тамбов : ТРОО «Бизнес-Наука-Общество», 2011. – С. 8–15.

170. Разумович Н. Н. Источники и формы права / Н. Н. Разумович // Советское государство и право. – 1988. – № 3. – С. 45–51.

171. Рогачева О. А. Отдельные аспекты характеристики основных источников (форм) права / О. А. Рогачева // Ежегодник : сборник научных статей. – Армавир : АГПУ, 2010. – Вып. I. – С. 45–52.

172. Родионова О. М. Развитие научных представлений об источниках права: на примере источников гражданского права / О. М. Родионова // Правоведение. – 2005. – № 3. – С. 130–143.

173. Рубанов А. А. Понятие источника права как проявление метафоричности юридического сознания / А. А. Рубанов // Судебная практика как источник права. – 1997. – С. 42–47.

174. Рябко А. И. Актуальные проблемы онтологии форм права / А. И. Рябко, О. Н. Василенко // Философия права. – 2000. – № 2. – С. 60–63.

175. Соколова И. В. Эволюция источников древнерусского права / И. В. Соколова // Мир юридической науки. – 2012. – № 2. – С. 29–31.

176. Спектор Е. И. Судебный прецедент как источник права / Е. И. Спектор // Журнал российского права. – 2003. – № 5. – С. 86–96.

177. Свечникова Л. Г. Понятие обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридической и этнологической науки) / Л. Г. Свечникова // Государство и право. – 1998. – № 9. – С. 98–102.

178. Скворцова Ю. В. Источники права и правотворчества: современное состояние и перспективы обновления в условиях модернизации правовой системы России / Ю. В. Скворцова // Правовая политика и правовая жизнь. – 2011. – № 1. – С. 35–43.

179. Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития / Б. Н. Топорнин // Судебная практика как источник права. – 2000. – С. 9–45.

180. Топучканова В. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации в системе источников права России : материалы I Международной научной студенческой конференции «Студент и научно-технический прогресс», 13–19 апреля 2012 г.: Государство и право. / В. В. Топучканова. – Новосибирск : СибАГС, 2012. – С. 89.

181. Туманов В. А. Правовой нигилизм в историко-идеологическом ракурсе / В. А. Туманов // Государство и право. – 1993. – № 8. – С. 52–58.

182. Фахретдинов Т. Р. К вопросу о понятии источника права: договор как источник права / Т. Р. Фахретдинов // Актуальные проблемы правоведения. Научно-теоретический журнал. – 2004. – № 1. – С. 26–32.

183. Филиппова Е. С. Судебный прецедент в Англии: понятие, структура, особенности доктрины прецедента. Вопросы права в современном мире : материалы международной заочной научно-практической конференции. Ч. I (2 ноября 2011 г.) / Е. С. Филиппова. – Новосибирск : Априори, 2011. – С. 34–42.

184. Хачатуров Р. Л. Источники (формы) права / Р. Л. Хачатуров // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. Серия «Юриспруденция». – 2006. – Вып. 60. – С. 18–29.

185. Цыганов А. В. Проблема понимания форм права в современной России; их соотношение с источниками права. Российское право в период социальных реформ : сборник научных трудов аспирантов, соискателей и молодых ученых / А. В. Цыганов. – Н. Новгород, 1998. – С. 34–38.

186. Чабан Е. А. Правовые акты в системе источников права и проблемы их иерархии / Е. А. Чабан // Очерки новейшей камералистики. – 2010. – № 4. – С. 30–36.

187. Чистая Е. С. К вопросу о нетрадиционных источниках права / Е. С. Чистая // История государства и права. – 2012. – № 7. – С. 2–4.

188. Шебанов А. Ф. О понятиях источника права и формы права / А. Ф. Шебанов // Правоведение. – 1965. – № 4. – С. 23–33.

189. Шпаковский В. А. Система источников гражданского права. Бизнес и право: проблемы науки и практики : материалы Всероссийской научно-практической конференции (25–26 марта 2011 г.) / В. А. Шпаковский. – Н. Новгород, 2011. – С. 327–339.

Диссертации и авторефераты диссертаций

190. Балданов Б. Б. Система источников современного российского права: теоретико-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2010. – 19 с.

191. Бибик О. Н. Источники уголовного права : дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2005. – 228 с.

192. Богатова О. В. Нормативный правовой акт как источник права (теоретический аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 20 с.

193. Богдановская И. Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права» : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2007. – 48 с.

194. Бодров С. Ю. Судебный прецедент в системе источников российского права: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. – Ульяновск, 2004. – 208 с.

195. Бошно С. В. Форма права: теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – 46 с.

196. Бухалов А. В. Договор как источник частного права : дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2011. – 188 с.

197. Васечко А. А. Международный договор как источник внутригосударственного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2008. – 26 с.

198. Васильев А. А. Правовая доктрина как источник права (историко-теоретические вопросы) : дис. ... канд. юрид. наук. – Барнаул, 2007. – 192 с.

199. Васильева Т. А. Судебный прецедент как источник права в европейской юриспруденции XVII–XIX веков : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2012. – 26 с.

200. Власенко Н. А. Проблемы точности выражения формы права (лингво-логический анализ) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 1997. – 71 с.

201. Волосюк П. В. Решения Европейского суда по правам человека как источник уголовного права России : дис. ... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2005. – 172 с.

202. Гаджинова Ф. М. Источники права и их система в современном российском праве : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 171 с.

203. Горшенева Ю. А. Нормативный договор как источник права : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – 170 с.

204. Гук П. А. Судебный прецедент как источник права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2002. – 20 с.

205. Гулиев В. К. Закон как источник конституционного права Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2006. – 234 с.

206. Гурова Т. В. Актуальные проблемы источников права : дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – 188 с.

207. Гурова Т. В. Актуальные проблемы источников права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – 25 с.

208. Гуцан Н. Ф. Акты конституционной юстиции в системе источников российского права : дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2009. – 204 с.

209. Данцева Т. Н. Формальные источники права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Красноярск, 2007. – 24 с.

210. Данцева Т. Н. Формальные источники права : дис. ... канд. юрид. наук. – Красноярск, 2007. – 192 с.

211. Дворникова О. А. Административный прецедент в системе источников права: теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 21 с.

212. Джоусе-Иванина М. Нормативно-правовой акт в системе источников российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – 182 с.

213. Диденко А. А. Система источников гражданского права Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2008. – 222 с.

214. Дорохова А. Б. Роль судебного прецедента в правовой системе (сравнительно-правовой анализ) : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – 212 с.

215. Евстигнеева Г. Б. Судебные решения как источник права : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – 144 с.

216. Ершов М. Н. Системный метод реконструкции общественных зданий, находящихся в режиме эксплуатации : автореф. дис. ... канд. техн. наук. – М., 2005. – 24 с.

217. Жукова-Василевская Д. В. Источники права России: тенденции формирования и развития : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 26 с.

218. Загайнова С. К. Судебный прецедент: историко-правовой аспект : дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 1999. – 164 с.

219. Зозуля А. А. Доктрина в современном праве : дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2006. – 232 с.

220. Зуев О. М. Юридически дефективные нормативные правовые акты в системе источников права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011. – 28 с.

221. Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник (форма) гражданского права : дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2003. – 198 с.

222. Ибрагимов М. А. Нормативные акты иных отраслей права как источники уголовного права : дис. ... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2004. – 165 с.

223. Каждан Д. И. Формирование и развитие источников публичного права: проблемы теории и методологии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2010. – 18 с.

224. Канаева Л. А. Система источников европейского экологического права : дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2005. – 182 с.

225. Кананыкина Е. С. Источники права в сфере образования (теоретико-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2006. – 223 с.

226. Карапетян С. А. Источники конституционного права Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 1998. – 170 с.

227. Каргин Н. Н. Философско-методологические аспекты теории систем и системного анализа : дис. ... д-ра филос. наук. – М., 2009. – 389 с.

228. Клименко А. М. Источник права как проявление сущности правовой действительности (философско-культурологический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2006. – 181 с.

229. Кобзева С. И. Источники права социального обеспечения России : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 405 с.

230. Колесников Е. В. Источники российского конституционного права: вопросы теории и методологии : дис. ... д-ра юрид. наук. – Саратов, 2000. – 357 с.

231. Коростелкина О. Н. Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – 20 с.

232. Коростылев В. М. Проблемы системного и формально-логического анализа права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Уфа, 2002. – 24 с.

233. Крыжан В. А. Правовой обычай и судебная практика как источники трудового права (на фоне интеграции отраслей российского права и интеграции Российской Федерации в мировое сообщество государств) : дис. ... канд. юрид. наук. – Пермь, 2006. – 205 с.

234. Кулакова Ю. Ю. Нормативный договор в системе форм российского права : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – 192 с.

235. Курова Н. Н. Постановления Конституционного Суда Российской Федерации в системе источников российского права : дис. ... канд. юрид. наук. – Белгород, 2011. – 189 с.

236. Леонтенков А. В. Муниципальные правовые акты в системе источников российского права : дис. ... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2005. – 210 с.

237. Лисицын Н. В. Обычай российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – 22 с.

238. Мадаев Е. О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2012. – 32 с.

239. Мазуров А. В. Указ Президента Российской Федерации как источник права: проблемы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999. – 23 с.

240. Малова О. В. Правовой обычай как источник права : дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – 187 с.

241. Метлова И. С. Решения Европейского Суда по правам человека в системе источников российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – 24 с.

242. Михайленко Н. М. Правовой обычай в системе источников права: опыт комплексного исследования (на примере правовой традиции народов Северного Кавказа) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2009. – 34 с.

243. Муромцев Г. И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки (теоретико-правовые проблемы) : дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1990. – 387 с.

244. Мясин А. А. Нормативный договор как источник права : дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2003. – 219 с.

245. Невинская Е. В. Системообразующая функция Конституции Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2008. – 24 с.

246. Нечитайло М. А. Нормативный договор как источник права : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – 188 с.

247. Никишин В. В. Судебный прецедент как источник экологического права Европейского Союза и России: сравнительно-правовой анализ : автореф. ... дис. канд. юрид. наук. – М., 2011. – 26 с.

248. Ножкина А. В. Система источников уголовно-процессуального права России : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 190 с.

249. Нотин С. А. Судебная практика в системе источников налогового права (на примере ЕС и РФ) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 26 с.

250. Ображиев К. В. Судебный прецедент как источник российского уголовного права : дис. ... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2002. – 180 с.

251. Осыченко Е. В. Негосударственные источники права в правовой системе демократического государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011. – 24 с.

252. Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2006. – 21 с.

253. Петрова Е. А. Система источников современного американского права: теоретический и сравнительно-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2004. – 26 с.

254. Поддубный Н. В. Самоорганизующиеся системы: Онтологический и методологический аспекты : дис. ... д-ра филос. наук. – Ростов-на-Дону, 2000. – 301 с.

255. Поротиков А. И. Обычай в гражданском праве Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – 220 с.

256. Прохачев А. В. Обычай в системе форм права: вопросы теории : дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2002. – 152 с.

257. Пряхина Т. М. Конституционная доктрина современной России : дис. ... д-ра юрид. наук. – Саратов, 2004. – 510 с.

258. Пугина О. А. Имплементация элементов системы общего права в российское законодательство : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 25 с.

259. Садохина Н. Е. Развитие источников российского права в советский и постсоветский период : дис. ... канд. юрид. наук. – Тамбов, 2005. – 186 с.

260. Салихов А. И. Законотворческий процесс и источники права в российском государстве: вопросы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. – Казань, 2006. – 169 с.

261. Сас Д. В. Источники права в римской правовой традиции и их современное развитие: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – 197 с.

262. Синякова Т. В. Обычай как источник права у восточных славян и в Древней Руси (IX–XI вв.) : дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2000. – 160 с.

263. Тарент И. Г. Историко-философский анализ тектологии А. А. Богданова : автореф. дис. ... канд. филос. наук. – М., 2003. – 22 с.

264. Тиунова Л. Б. Системный подход в исследовании права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1985. – 18 с.

265. Тихновецкий Д. С. Судебная практика как источник европейского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 22 с.

266. Толстик В. А. Иерархия источников российского права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Н. Новгород, 2002. – 54 с.

267. Фомина О. А. Закон в системе источников налогового права (на примере англо-саксонской правовой системы) : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1996. – 211 с.

268. Ховрина Л. В. Система источников права интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 165 с.

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

270. Шапиро Е. А. Системный анализ методологических проблем теории государства и права как науки : автореф. ... дис. канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2000. – 24 с.

271. Шаповал Е. А. Источники российского трудового права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – 27 с.

272. Шевцов А. Л. Система источников в развитии права Европейского Союза: теоретико-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук. – Орел, 2007. – 192 с.

273. Шишкин В. В. Синергетический подход в теории права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2007. – 35 с.

274. Ягафарова Х. Н. Симметрия и самоорганизация: от античной натурфилософии к современной науке : дис. ... канд. филос. наук. – Уфа, 2008. – 170 с.

275. Ярмухаметов Р. Э. Договор как источник публичного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Уфа, 2002. – 26 с.

Интернет-ресурсы

276. Борзунова О. А. Ориентиры в развитии налоговых систем в переходных экономиках // URL: <http://www.pandia.ru/text/77/203/78495.-php> (дата обращения: 26.03.2016).

277. Птушенко А.В. О некоторых общих огрехах «теории государства и права» // URL: [http:// lit.lib.ru/p/ptushenko_a_w/text_0730.-shtml](http://lit.lib.ru/p/ptushenko_a_w/text_0730.-shtml) (дата обращения: 26.03.2016).

278. Фролова А.А. Формирование источников права как начальный этап развития правосознания и правовой культуры // URL: <http://www.relga.ru/Environ/WebObjects/tguwww.woa/wa/Main?level1=main&level2=articles&textid=1714> (дата обращения: 26.03.2016).

279. Четвернин В. А. Либертарно-юридическая концепция права. Памяти В. С. Нерсисянца. Стенограмма 9-го семинара ЭТИХиП от 15 декабря 2005 г. // URL: http://www.sapov.ru/seminar/stenogramma_09.htm (дата обращения: 26.03.2016).

Анна Юрьевна Гарашко,
кандидат юридических наук

**Системные свойства как сущностные характеристики
источников права**

Монография

Корректор *Титова В.П.*
Компьютерная верстка *Табуновой Е.А.*

Подписано в печать 13.11.2017 г.	Формат 60×84 1/16	Тираж 34 экз.
Заказ № 1755	Цена договорная	Объем 7,4 уч.-изд. л.
		8,13 усл. печ. л.

Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя
117437, г. Москва, ул. Академика Волгина, д. 12