

*В.А. Рудковский*, доктор юридических наук, профессор кафедры «Теория и история права и государства»

*Волгоградский государственный университет, Волгоград (Россия)*

*Ключевые слова:* право; источники права; формы права; правообразующие факторы; воля как источник права.

*Аннотация:* В статье анализируются дискуссионные моменты теории источников права. Обращается внимание на неудовлетворительность господствующей плюралистической концепции. Предпринята попытка разграничения таких понятий, как источники права, формы права, правообразующие факторы. Под источником права предлагается понимать волю субъекта, правомочного устанавливать нормативные юридические предписания. Показано теоретическое и практическое значение такого подхода.

Вопрос о понятии и классификации источников права относится к числу традиционных и, вместе с тем, достаточно проблематичных в юридической науке. Давно известно, что термин «источники права» таит в себе двусмысленность и неопределенность. Всякий раз, когда идет ли речь о научном исследовании или учебном процессе, приходится уточнять, в каком смысле используется данное понятие. Для того чтобы преодолеть указанную неопределенность, учеными периодически предпринимались и предпринимаются попытки внести ясность в этот вопрос. В основном они осуществляются с двух позиций: монистической и плюралистической.

Сторонники монистического подхода предлагают либо вообще отказаться от словосочетания «источники права» как неточного и заменить его другим термином (например, нормативный факт), либо использовать данное выражение в каком-то одном строго определенном смысле. В частности, в своей известной монографии «Источники права» С.Л. Зивс предлагал пойти по пути сугубо формального истолкования источников права, полагая, что «источник права суть внешняя форма установления правовой нормы государством» [1, с. 10].

Представители плюралистического подхода, напротив, считают, что многозначность термина «источники права» свидетельствует только о том, что им обозначается исключительно сложное и неоднозначное явление (явления). Поэтому М.Н. Марченко отмечает, что «„источник права“, как и само право, непозволительно определять лишь с одной какой-либо отдельно взятой стороны», поскольку «это будет неполное, одностороннее его определение и несколько искаженное о нем представление» [2, с. 45].

В рамках такой методологической установки в настоящее время в основном и разрабатывается теория источников права. Плюралистичность указанной концепции выражается в том, что термином «источник права» обозначают самые разнообразные факторы, процессы, состояния и т. д., которые находятся в некоторой связи с правом. Это и факторы правообразования (так называемые первичные или социальные источники права), и признанные в том или ином государстве формы официального выражения правовых норм (формально-юридические источники права), и письменные памятники права (источники познания права), и другие феномены. Причем перечень смыслов, которыми может наделяться это понятие, а также аспектов и сторон, с которых оно может интерпретироваться, остается в принципе открытым. Так, М.Н. Марченко, например, считает, что источник права следует рассматривать в следующих аспектах: этимологическом; географическом, климатическом, биологическом и т. п. (естественный источник права); социальном, политическом, идеологическом, культурологическом и пр. (социальные источники права); экономическом (материальный источник права); философском (философский источник); формально-юридическом [2, с. 45–55].

Несмотря на распространенность, изложенная концепция, к сожалению, не дает ответа на главный вопрос:

что же представляет собой источник права как качественно самостоятельное правовое явление. В теоретической литературе предлагаются многочисленные определения источников права в «материальном смысле», «идеальном смысле», «формальном смысле» и т. д. [3, с. 208]. Но проблеме это не решает. Ведь за каждым таким определением, во-первых, стоят вполне самостоятельные и, как правило, уже известные науке феномены (правообразующие факторы, правосознание, формы права и т. д.). Более того, когда речь заходит о так называемых юридических источниках права, или источниках права в формально-юридическом смысле, то неизменно делается оговорка, что термин «источники права» в данном случае тождественен внешней форме права и не несет в себе какой-то самостоятельной смысловой нагрузки. То есть, по существу, признается избыточность указанного термина именно в «юридическом смысле», что само по себе свидетельствует не в пользу соответствующей доктрины.

Во-вторых, термином «источники права» обозначают не просто разные явления, но такие, которые относятся к качественно самостоятельным сферам социальной (экономика, политика и пр.) и естественно-природной (климат, биология и т. д.) действительности. Поэтому их проблематично не только подвести под некое общее определение, но даже представить в виде какого-то единого класса феноменов. Единственное, что можно сказать, так это то, что все они так или иначе связаны с правом, воздействуют на право, влияют на его понимание, служат средствами объективации права и т. д. и т. п. Но указанные связи и влияния столь специфичны и неоднозначны, что выстроить на их основе целостную концепцию источников права вряд ли возможно. К тому же, как совершенно верно отмечал О.Э. Лейст, «изучение факторов, определяющих содержание права, представляет значительный интерес для историка и социолога. Для юриста первостепенное значение имеет то, что, собственно, делает право правом...» [4, с. 25]. Но именно на этот вопрос плюралистическая концепция и не дает удовлетворительного ответа.

Один из возможных вариантов решения указанной задачи нам видится на пути более тесной увязки теории источников права с понятием права как волевого регулятора общественных отношений. Существенным представляется, прежде всего, признание того факта, что право, будучи обусловлено в своем развитии разнообразными объективными и субъективными факторами, в конечном счете является продуктом деятельности людей, выражением их воли. По определению Гегеля, «почвой права является вообще духовное, и его ближайшим местом и исходной точкой – воля, которая свободна, так что свобода составляет ее субстанцию и определение и система права есть царство осуществленной свободы...» [5, с. 67].

В целом можно заметить, что восприятие воли в качестве «исходной точки» права является характерной чертой политико-правовой мысли на протяжении многих веков. На это указывает сам термин «волеустановленное право», возникший еще в античности для разграничения

права естественного, существующего по природе вещей, и права позитивного, установленного властью и выражающего волю законодателя. Г. Гроций, например, называл человеческое право «волеустановленным, потому что оно имеет своим источником волю» [6, с. 74]. У Ж.Ж. Руссо источником права является общая воля, у И. Канта – чистая воля (практический разум), у К. Маркса – классовая воля. Исходный тезис у всех указанных и им подобных воззрений один: право – волевой регулятор общественных отношений, и его источник – воля.

Противоречивым в этой связи представляется положение, сложившееся в современной отечественной теории государства и права. С одной стороны, в литературе настойчиво отстаивается определение права как государственно-волевого регулятора общественных отношений, а с другой, источники права усматривают в чем угодно, но только не в воле субъектов, творящих право. Уместно будет заметить, что даже классики марксизма, последовательно проводившие идею обусловленности права и других надстроечных явлений экономическим базисом, неоднократно подчеркивали, что это влияние обнаруживается лишь в конечном счете, и сами по себе экономические факторы не могут превратиться в юридические правила; для этого они должны принять форму юридического мотива, пройти через сознание и волю субъекта, создающего право.

Необходимо, таким образом, более последовательно разграничивать такие понятия и явления, как источники права, формы права, правообразующие факторы.

Источником права является воля субъекта, правомочного устанавливать общеобязательные правовые предписания. Однако для того, чтобы воля могла стать правом, она должна быть выражена в надлежащей юридической форме. Отсюда извечный вопрос о соотношении источника и формы права, который, как правило, решается в пользу их тождества.

Так, О.Э. Лейст отмечает, что «непосредственным источником права является государственная воля, выраженная в строго определенной форме» [4, с. 26]. И, далее, заключает: «Содержание права зависит от государственной воли, но юридическую силу это содержание получает лишь с момента облечения его в соответствующую форму. В этом смысле термины “форма” и “источник права” означают одно и то же, поскольку государственная воля, создающая правовые нормы, и форма ее выражения практически совпадают» [4, с. 26–27].

В приведенном суждении спорными представляются два тезиса: во-первых, что государственная воля является источником только содержания права; во-вторых, что источником права является лишь та государственная воля, которая получила свое выражение в строго определенной юридической форме.

Как известно, право существует в неразрывном единстве содержания и формы. При этом форма не является чем-то вторичным для права, неким внешним «сосудом», в который вливается правовое содержание и который придает ему юридическую силу. Форма – это способ юридического бытия права как официального регулятора общественных отношений. Формальная определенность – такая же существенная черта права, как и нормативность. Именно в силу этого обстоятельства государственная воля не может «источать» содержание права само по себе, не облекая его в соответствующую форму. Невозможно, например, внести какие-то изменения в содержание действующего законодательства иначе как путем принятия другого закона. Следовательно, говорить о том, что государственная воля является источником только содержания права, неверно по существу. Она выступает источником права как целостного феномена, в единстве его содержания и формы.

Что же в таком случае означает вывод о якобы имеющем место совпадении государственной воли как источника права с формой права? На наш взгляд, он может оз-

начать только одно: полное совпадение источника права с самим правом. Например, если сказать, что закон как выражение государственной воли является источником права – это то же самое, что сказать: право, существующее в форме закона, является источником права. На этот алогизм обращал внимание Л.И. Петражицкий, отмечавший, что, подобно тому, как «кошки, собаки и т. д. суть не источники животных <...> а просто – животные <...> точно так же так называемые «источники права» – обычное право, законное право и т. д. суть не что иное как само право» [7, с. 411].

Необоснованным выглядит также тезис о том, что источником права является воля, выраженная в строго определенной юридической форме. Он не только ведет к необоснованному отождествлению источника и формы права, но, по существу, полностью нивелирует специфику источника как самостоятельного явления. Между тем, очевидно, что прежде, чем воля получит выражение в виде закона или иного обязательного установления, она должна быть признана правомочной на совершение таких действий. Иными словами, воля должна быть признана источником права еще до того, как она воплотится в конкретный закон или другую форму права. Наличие такой воли является необходимым условием существования права не только в логическом и историческом, но и строго юридическом смысле. Иначе праву было бы просто не откуда появиться.

Воля является источником права не потому, что она выражена как закон (в широком смысле этого слова), а потому, что она правомочна устанавливать (учреждать, создавать) закон. Не закон делает волю обязательной, а наоборот, воля – закон. Прежде чем исполнять закон, необходимо убедиться в обязательности источника, который его установил. Именно правомочность устанавливать общеобязательные предписания составляет сущностную черту воли как источника права. В качестве такой «правомочности» воля обеспечивает постоянное воспроизводство права, определяет и обновляет юридические нормы, наполняет их актуальным социальным содержанием.

Воля, получившая внешнее выражение в форме законодательного или иного юридического установления, приобретает иное юридическое качество: она становится собственно правом (конституционным, гражданским, семейным и т. д.). Тем правом, которое традиционно называют «объективным», то есть независимым от субъективных волей, включая и волю того правового авторитета, который изначально установил это право и является его источником.

Своеобразие и органичная взаимосвязь источников и форм (видов) права в свое время были удачно показаны известным отечественным правоведом Ф.В. Тарановским. Согласно Ф.В. Тарановскому, источником права является установление (по нашей терминологии – волеизъявление) соответствующего авторитета. Все источники права, полагал он, могут быть сведены к четырем категориям: 1) установление единоличного авторитета (лица физического или юридического); 2) установление коллективного (массового) авторитета; 3) договор, или соглашение двух или многих лиц (физических или юридических); 4) практика государственных учреждений, в особенности судебная практика.

Каждому источнику права соответствует свой вид права. В результате установлений единоличного авторитета возникает законное право (нормативно-правовой акт), установлениям коллективного или массового авторитета соответствует обычное право (правовой обычай), установлениям двух и более лиц – договорное право (нормативный договор), установлениям судебной практики – прецедентное право (юридический прецедент) [8, с. 174–197].

В современной юридической литературе близкую точку зрения развивает Н.Н. Волпенко в предложенной им концепции «легальных источников права». По мнению указанного автора, источники права следует

классифицировать на два основных вида: социальные и легальные. Социальные источники права – это объективно сложившиеся в конкретном обществе факторы правообразования, «которые спонтанно обуславливают правотворческую деятельность субъектов, привнося и воплощая в содержание правовых норм экономические, политические, групповые и прочие интересы людей» [9, с. 260]. Что же касается легальных источников права, то данным понятием, полагает Н.Н. Вопленко, можно обозначить силу, творящую, создающую право. «Легальные источники права – это действующие в пределах правотворческой компетенции субъекты, разрабатывающие и вводящие в действие юридические источники или формы права» [9, с. 261].

Трактовка воли в качестве источника права имеет не только теоретический, но и практический смысл. Поскольку право является продуктом деятельности людей, воплощением их воли, оно всегда чревато различного рода ошибками, пробелами и прочими недостатками. Отсюда актуальной для каждой правовой системы является проблема оптимизации существующих источников права, поиска научно обоснованных путей совершенствования правотворчества, научной и иной критики действующего законодательства и иных форм права.

Волевая трактовка источников права позволяет конструктивно решать проблему иерархии действующих форм позитивного права.

Каждая правовая культура исторически вырабатывает свою систему источников и форм права. Однако во всех случаях наблюдается одна общая закономерность: высшая юридическая сила признается за теми нормами, которые исходят от наиболее авторитетной в данном обществе воли (например, божественной воли, воли предков, воли народа и т. п.). И наоборот, чем дальше удалена воля, создающая право, от первичного источника права, за которым признается высший авторитет, тем меньшей юридической силой обладают нормы, установленные такой волей.

Немаловажной для современной России является и проблема легитимации действующего законодательства. И она также не может быть удовлетворительно решена в отрыве от теории и практики источников права.

Является ли действующее право средством навязывания нам чужой воли, или оно есть результат согласо-

вания социальных волей, итог социального компромисса? Абстрактные решения указанного вопроса не всегда адекватно отражают реальное положение вещей. Ведь за так называемой «государственной волей общества» в действительности может стоять и воля государственного аппарата, и воля отдельных промышленных и финансовых организаций и т. д. «На стадии возведения общественной воли в закон возможны ошибки, просчеты, промедления или ненужная поспешность, в результате чего выражаемая в законе государственная воля может оказаться не вполне соответствующей воле и интересам социальной общности либо, особенно при множестве органов, осуществляющих правотворческую деятельность, внутренне противоречивой» [4, с. 28–29].

Для того чтобы право действительно выражало волю общества, последняя должна как минимум учитываться законодателем. И здесь, на наш взгляд, можно вести речь о «социальных источниках права», понимая под последними волю различных социальных общностей, групп, институтов, индивидов, составляющих современное гражданское общество. Проблема формирования правовых механизмов выявления и последующего законодательного закрепления воли указанных субъектов чрезвычайно актуальна для современной России.

#### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Зивс С.Л. Источники права. М.: Юридическая литература, 1981. 241 с.
2. Марченко М.Н. Источники права. М.: Проспект, 2006. 773 с.
3. Проблемы теории государства и права / под ред. А.В. Малько. М.: Юрлитинформ, 2012. 592 с.
4. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М.: Зерцало-М, 2002. 279 с.
5. Гегель Г. Философия права. М.: Мысль, 1990. 524 с.
6. Гроций Г. О праве войны и мира. М.: Наука, 1956. 868 с.
7. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Лань, 2000. 606 с.
8. Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. СПб.: Лань, 2001. 552 с.
9. Вопленко Н.Н. Очерки общей теории права. Волгоград: ВолГУ, 2009. 898 с.

#### SOURCES OF LAW: PROBLEMS OF THE THEORY

© 2016

*V.A. Rudkovsky*, doctor of juridical sciences, professor Department of Theory and History of Law and State  
*Volgograd State University, Volgograd (Russia)*

*Keywords:* law; sources of law; forms of law; law-forming factors; will as a source of law.

*Abstract:* The article is dedicated to the analysis of discussional points of the theory of sources of law. The article pays attention to dissatisfactory state of major pluralist concept. The author makes an endeavour to show the difference between sources of law, forms of law, and law-forming factors. It is suggested that one should understand a source of law as the will of a subject having the right to settle legal prescriptions and norms. The theoretical and practical meaning of such approach is shown.