



УДК 340.1+34(091)

**О СООТНОШЕНИИ ИСТОКА,
ИСТОЧНИКА И ФОРМЫ ПРАВА
В СОВРЕМЕННОЙ ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ
ЮРИСПРУДЕНЦИИ****СПИРИН Михаил Юрьевич**

кандидат юридических наук, доцент, доцент
кафедры теории и истории государства и
права и международного права Самарского
национального исследовательского универ-
ситета им. С. П. Королёва, г. Самара.
Россия. E-mail: smy@samaradom.ru

**ON THE RATIO OF THE ORIGIN, THE
SOURCE AND THE FORM OF LAW
IN MODERN THEORETICAL
JURISPRUDENCE****SPIRIN Mikhail Yuryevich**

Candidate of Sciences (Law), Associate Profes-
sor, Assistant Professor of the Department of
Theory and History of State and Law and In-
ternational Law of Samara National Research
University, Samara, Russia.
E-mail: smy@samaradom.ru

Несмотря на свои принципиальные отличия, и монистический, и плюралистический подходы к проблеме соотношения источника права и формы права обладают схожей спецификой, потому что не предполагают возможность логической конструкции взаимодействия истока права, источника права и формы права как взаимосвязанных и взаимообусловленных самостоятельных категорий на основании волевой концепции правообразования. Истоками права определяются объективно существующие и воздействующие на субъектов правотворчества правообразующие факторы. Источником права является внешнее выражение (проявление вовне) воли субъекта правотворческой деятельности в момент принятия решения по созданию норм права и закреплению их в рамках определённой формы. При этом форму права представить как формальную (формализованную) оболочку сгруппированных правовых норм, необходимую для последующей реализации права и его толкования. В соответствии с этим линейная логическая конструкция несовпадающих по своему значению и содержанию категорий «исток права» – «источник права» – «форма права» может быть использована для потенциальной унификации теоретических и практических позиций по соответствующей проблематике.

Ключевые слова: исток, источник, форма права, монистический подход, плюралистический подход, воля субъекта правотворчества, волевая концепция правообразования.

Despite their fundamental differences, both monistic and pluralistic approaches to the problem of correlation of the source of law and the form of law possess similar specific features, because they do not assume the possibility of a logical structure of interaction between the origin of law, the source of law and the form of law as the interconnected and interrelated independent categories on the grounds of strong-willed conception of law formation. The law forming factors, which are objectively existing and influencing subjects of legislature are defined by origins of law. The source of law is an external expression (indication outside) of will of the subject of legislative activity at the time of making a decision on creation the norms of law and confirming them within a certain form. At the same time, the form of law should be presented as a formal (formalized) cover of grouped legal norms necessary for the subsequent realization of law and its interpretation. According to it, a linear logical structure of categories incoincident by their value and content “the origin of law” – “the source of law” – “the form of law” can be used for potential unification of theoretical and practical positions on the corresponding problem.

Key words: origin, source, form of law, monistic approach, pluralist approach, will of the subject of law-making, volitional conception of law forming.



Отечественная теоретическая юриспруденция примерно с начала XIX века (работы А.П. Куницына) изучает многогранную проблему соотношения категорий «источник права» и «форма права». В ходе своих исследований авторы определяют различные основания и критерии соотношения данных категорий общей теории и философии права, указывают на возможные варианты их взаимодействия и взаимодополнения. Впрочем, периодически возникают и аргументируются парадоксальные утверждения отдельных авторов об отсутствии принципиальной проблемы в самом соотношении этих категорий, что обычно связано с двумя обстоятельствами:

1) авторы полагают, что источники права являются синонимами элементов (видов, делов) позитивного права и поэтому не должны рассматриваться как самостоятельная юридическая категория, являясь по существу нормативными фактами существования самого права (позиция Л.И. Петражицкого) [1];

2) авторы считают, что форма права (внешняя форма права) настолько повторяет характер и принципиальные очертания источника права и настолько близко отстоит от него по времени своего проявления (выражения вовне), что различиями между этими категориями можно пренебречь (позиция С.Л. Зивса, М.И. Байтина и других сторонников монистического подхода) [2, с. 10; 3, с. 66-67]. Категории «форма права» и «источник права» понимаются в этом случае как, по сути, единое обозначение «способа выражения правовой нормы» [4, с. 41].

Как показывает анализ новейшей литературы по данному вопросу, основная масса современных теоретиков права данную научную проблематику соотношения признаёт, но, в то же время, производит известные «дипломатические реверансы», определяя, что указанные категории в строго логическом смысле необходимо рассматривать отдельно, однако в силу невысокой формально-юридической значимости разработки самостоятельной проблемы источников права в целом необходимо большее внимание уделять формальным его источникам [5; 6; 7, с. 3]. Подобная позиция отражает т.н. «плюралистический подход» к источнику права, когда эта категория может пониматься и в историческом смысле (как памятник права), и в идеальном значении (как система нематериальных факторов правотворчества), и в значении материального источника права, когда речь идёт о специфике социально-экономических отношений в обществе, для регулирования которых создаются правовые предписания. Наконец, основное внимание в рамках такого подхода уделяется категории «формальный источник права», которая воспринимается как наиболее удачная и вполне сложившаяся в современной отечественной юридической науке [8, с. 32; 9].

Плюралистический подход имеет свои положительные черты, главным образом, связанные с возможностью полисемантического восприятия тех сил, обстоятельств и факторов, под влиянием либо непосредственным воздействием которых право образуется и проявляет свои общеобязательные нормативные свойства. При этом, по меткому замечанию В.А. Рудковского, такой подход показывает, что источники права «проблематично не только подвести под некое общее определение, но даже представить в виде какого-то единого класса феноменов» [10, с. 25; 11, с. 73]. В определённой степени это обстоятельство свидетельствует о недостаточной разработанности научной проблематики данного вопроса (именно этим во многом объясняется известная «дипломатия» авторов), а также – о чрезмерной многозначности соответствующей категории (источник права), которая, тем не менее, устоялась в рамках отечественной юридической терминологии. Именно поэтому, данную категорию можно встретить в различных (плюралистических) трактовках: как первичный и вторичный источник права, как идеальный и материальный источник права, как типичный и нетипичный источник права, как текстуальный и внетекстуальный источник права, как различные виды формальных (формально-юридических) источников права etc.

Довольно часто можно обнаружить и «дипломатическую» конструкцию «источник (форма) права», которая отражает желание авторов представить желаемое состояние внеш-



них форм выражения права как действительное (сущее) и, наоборот, существующее положение вещей в сфере проявления конкретных форм нормативного правового регулирования как должное и на века укоренённое состояние. Обращает на себя внимание чёткая позиция А.Ю. Калинина и С.А. Комарова, согласно которой источник права и форму права необходимо разделять, имея в виду их различное смысловое и содержательное значение, разную этимологическую природу [12, с. 3-5]. В этом смысле источник права как философско-правовая категория «характеризует происхождение, генезис» права, форма же права как категория общей теории права «характеризует способ организации содержания, ... внешнее проявление» права [12, с. 4].

Таким образом, от монистической и плюралистической моделей определения категории «источник права» необходимо двигаться к восприятию линейной структуры логически взаимосвязанных самостоятельных категорий, в которой:

- а) источник права будет чётко отделён от формы права;
- б) самому источнику права будет предшествовать ещё одна категория: «исток права».

Логическая цепочка «исток права» – «источник права» – «форма права» позволяет отказать от многих неточностей при анализе самой природы возникновения и реализации правового регулирования, а также обращает внимание исследователей на истинную причину возникающих разногласий по соответствующей проблематике: на различие типов правоупонимания как методологических основ для восприятия как собственно источника права, так и многообразных форм внешнего выражения права [13, с. 29; 14, с. 32; 15, с. 75; 16, с. 68; 17; 18, с. 143-144, 150; 19; 20]. При этом принципиальную роль для существования такой логической цепочки играет категория воли, которая, по сути, является связующим звеном между объективным по своему характеру процессом правообразования, протекающим в недрах общественных отношений, и субъективными процедурами правотворческой деятельности парламента, суда, администрации etc. по созданию соответствующих форм права.

Такая воля может пониматься в двух значениях: во множественном (как коллективная воля нации, народа, общества, государства) и в единичном (как индивидуальная воля субъекта правотворческой деятельности в качестве органа государственной власти или местного самоуправления либо должностного лица такого органа). Исходя из этого, исток права (*origo iuris*) представляет собой фактор объективного правообразования («фактор, участвующий в образовании права») [21, с. 345], понимание которого (и отношение к которому) полностью зависит от типа восприятия права исследователем. С точки зрения Т. В. Кашаниной, истоки права – это «обстоятельства, обусловившие появление права и его действие; ... объективная реальность» [22, с. 125]. Система таких истоков (факторов правообразования) оказывает известное влияние на субъектов воли, уполномоченных выразить эту систему в юридических нормах и закрепить эти нормы в соответствующих нормативных документах. При этом сама по себе воля (в качестве «вещи в себе») не является источником правового регулирования (источником права), но выступает необходимым фундаментом для своего же развития (движения от субъекта правотворчества к регулируемому объекту – поведению членов общества) и проявления вовне (для понимания её характера). Лишь наличие уполномоченного субъекта, наделённого такой правотворческой волей, даёт основание предполагать её собственно юридическое значение, которое выражается в официальных актах такого субъекта и в общеобязательности тех юридических норм, которые в этих актах содержатся.

Исток права являет собой саму природу правового регулирования, которую составляет устойчиво существующая и всякий раз субъективно определяемая совокупность разнообразных правообразующих факторов. Данные факторы по отношению к природе самого человека и общества могут иметь либо внешний характер (климат, географическое положение, язык общения), либо внутреннюю природу (сознание людей, психика человека, устойчивые типы и модели поведения). Исток права оказывает объективное воздействие на формирование и ви-



доизменение воли субъекта правотворческой деятельности. Истоки права как факторы правообразования обладают как объективным, так и субъективным характером (особенно в вопросе их познания). При этом важно отметить их 1) глобальное воздействие на устойчивые социальные связи и 2) точечное, сюжетное влияние на качество последующего правового регулирования конкретного социального взаимодействия.

Источник права (*fons iuris*) может быть определён как субъективно осознаваемая и объективно выражаемая вовне воля конкретного субъекта правотворчества. На этом уровне правообразование как объективная категория преобразуется в правотворчество, в содержании которого отчётливо выражена воля данного субъекта. Важно понимать, что последующее формальное (документальное) закрепление этой воли зависит не от типа должностного положения такого субъекта, а от характера выраженной таким субъектом правотворческой воли.

Именно в таком смысле, мы можем трактовать волю законодателя и её выражение в законе, волю судьи и её выражение в судебном прецеденте и правовой позиции, волю контрагента договора и её выражение в содержании этого договора. Несколько особняком стоит долговременно выражаемая воля общества и её закрепление в правовых обычаях и консенсуальная воля *erga omnes* субъектов международных отношений, которая отражается в общепризнанных обычаях и договорах международного права. Принципиально важным в этом отношении является следующее замечание В.А. Рудковского: «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 ... Воля должна быть признана источником права *ещё до того* (курсив мой – М.С.), как она воплотится в конкретный закон или другую форму права» [10, с. 26-27; 11, с. 74].

Воля правотворящего субъекта является своеобразной медианой и нервом последующего правового регулирования, поскольку развитие правотворческой деятельности в значении видоизменения воли (и волевых свойств субъектов, её проявляющих) определяет качество и количество форм права в конкретной устойчивой правовой традиции и в отдельно взятой национальной правовой системе. Следовательно, развитие характерных черт воли субъектов правотворчества (волетворчества) устанавливает качество определённой правовой традиции (например, традиции законодательного кодифицированного права или традиции судебного прецедентного права). Таким образом, выражение правотворческой воли вовне как источник права зависит от характера и качества правообразующих факторов как истоков правового регулирования, глобально воздействующих на субъектов, выражающих эту волю.

Сам же процесс проявления вовне правотворческой воли (процесс волеизъявления) выступает в качестве источника права («общего источника права»). Например, при объявлении голосования в парламенте по проекту закона в окончательной редакции сам смысл последующей процедуры выражен в «открытии» соответствующей воли каждого отдельного депутата и всего законодательного органа в целом. При этом воля выражается вовне («открывается») достаточно быстро, *ipso facto* в течение нескольких минут существует источник права в чистом виде как процесс выражения вовне правотворческой воли уполномоченного субъекта. После того, как воля выражена, подводятся итоги голосования, которые утверждаются и тем самым облачают уже выраженную волю в определённую форму, а именно в форму принятого закона, который далее в установленном порядке вступает в силу.

Форма права (*forma iuris*) может выступать в трёх аспектах:

1) в качестве средства документального выражения норм старого (недействующего в данный момент времени) права (*ius vetus* или памятники права);

2) в качестве средства восприятия, познания и запоминания норм современного (действующего) права (*ius novus* или предмет изучения отраслевых юридических наук);

3) в качестве формального (формализованного) средства объективного отражения действующего позитивного права, нормы которого подлежат применению для регулирования



социальных отношений (ключевым моментом здесь является возможность единообразной ссылки всех правоприменителей на содержащиеся в рамках такой формы общеобязательные нормы права).

Нетрудно заметить, что первые два смысла формы права носят познавательный характер (*fontes cognoscendi*) и по этой причине часто отрицается их юридическое (нормативное) значение [23, с. 147]. Третий же смысл указывает на регулятивное (действующее, активное) содержание формы (*fontes agendi*), т.е. собственно, на то, ради чего такая форма создаётся и действует. Форму права в данном случае необходимо понимать как внешнюю форму выражения действующих юридических предписаний, поскольку ещё одно известное значение формы права – внутренняя (структурная) форма – имеет не столько единичный характер (по отношению к конкретному закону, указу или постановлению), сколько обладает объединяющим качеством формальности в отношении всего действующего позитивного права (в этом значении можно говорить о структурных особенностях права в целом, о критериальном выделении отраслей и подотраслей права либо о выделении юридических институций персонального или функционального характера). Т.В. Кашаниной такие внешние формы права определяются как «формы закрепления норм права» [22, с. 124]. Форма права является средством закрепления и документального выражения юридических норм, содержащих в себе уже выраженную (отражённую) волю субъекта правотворческой деятельности как источник права. Также, с точки зрения Кашаниной, форма права это «резервуар, где находятся юридические нормы; то, из чего мы черпаем знания о праве» [22, с. 127].

Таким образом, линейная конструкция «исток права» – «источник права» – «форма права», основанная на волевой концепции правообразования, даёт возможность формирования более чёткого представления о самой природе обязательности юридических норм и общеобязательности нормативных предписаний как признака объективного права в целом. В таком случае, имея в виду именно источники права (как способы выражения воле право-творческой воли соответствующих субъектов) в качестве носителей общеобязательной природы юридических норм, системы которых формируются под влиянием такой воли, мы можем исходить из их принципиального воздействия на образование именно норм права, которые (в силу объективной необходимости) сразу же облекаются в определённую оболочку формы права. Соответствующие формы права (закон, подзаконный акт, судебный прецедент *et al.*) обладают в этом случае лишь опосредованным характером и их формальная обязательность есть всего лишь отражение обязательности тех норм права, которые уже входят в их состав (поскольку «пустых» формальных оболочек права не может быть по определению). Важно отметить, что принципиальное разграничение источника права и формы права следует производить с учётом субъективно-темпорального критерия: наше представление об источнике права должно всегда проявляться в настоящем времени и оценивать выражающуюся здесь и сейчас волю субъекта правотворчества, а представление о форме права (в смысле её уже свершившегося создания) может определяться нами только в прошедшем времени.

Таким образом, постепенный отказ как от монистического, так и от плюралистического подходов к соотношению категорий «источник права» и «форма права» и последовательное движение в сторону признания значения источника права у волевой составляющей всякой правотворческой деятельности будет способствовать потенциальной унификации научных взглядов и оценок соответствующих категорий, введению этих категорий в едином значении в терминологический корпус действующего законодательства и, в конечном счёте, послужит необходимому сближению теоретических и практических позиций в сфере оценки процесса формирования правовых средств регулирования социальных отношений и их формального (документального) закрепления.

**Библиографические ссылки**

1. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Ч. 2. М. : Юрайт, 2016.
2. Зивс С. Л. Источники права. М. : Наука, 1981.
3. Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е, доп. М. : Издат. дом «Право и государство», 2005.
4. Васильева Т.А. Понятие и значение источника права // Вестник Волжского университета им. В.Н. Татищева. 2010. № 73. С. 37-44.
5. Болгова О.С. Основные источники права // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. 2009. № 92. С. 48-50.
6. Изаксон Р.А. Актуальные проблемы источников права // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2014. № 3 (70). С. 12-20.
7. Александрова М.А. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017.
8. Гаджинова Ф.М. Источники права и их система в современном российском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.
9. Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М. : Норма, 2011.
10. Рудковский В.А. Теория источников права: дискуссионные моменты // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 6 (107). С. 23-28.
11. Рудковский В.А. Источники права: проблемы теории // Вектор науки ТолГУ. Серия: Юридические науки. 2016. № 4 (27). С. 73-75.
12. Калинин А.Ю., Комаров С.А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права // Правоведение. 2000. № 6. С. 3-10.
13. Марченко М.Н. Источники права. М. : Проспект, 2005.
14. Марченко М.Н. Источники права. 2-е изд., перераб. М. : Норма, 2014.
15. Петров К.В. Об источниках и формах права в постсоветском правоведении // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 1 (15). С. 61-75.
16. Реутов В.П. Типы правопонимания и проблема источников и форм права // Вестник Пермского университета. 2010. № 2 (8). С. 54-70.
17. Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М. : Норма, 2011.
18. Иванюк О.А. Источники права: проблема определения // Журнал российского права. 2007. № 9 (129). С. 142-150.
19. Лапаева В.В. Различные типы правопонимания: анализ научно-практического потенциала // Законодательство и экономика. 2006. № 4. С. 5-15.
20. Мирошник С.В. Источник права и форма права: соотношение понятий // Пробелы в российском законодательстве. 2013. № 5. С. 35-37.
21. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб. : Юридический центр Пресс, 2003.
22. Кашанина Т.В. Структура права. М.: Проспект, 2013.
23. Иванюк О.А. Источники права: проблема определения // Журнал российского права. 2007. № 9 (129). С. 142-150.

References

1. Petrazhitskiy L.I. Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriyey нравственности (Theory of law and state in connection with the theory of morality). Ch. 2. Moscow, Yurayt, 2016.
2. Zivs S. L. Istochniki prava (Sources of law). Moscow, Nauka, 1981.
3. Baytin M.I. Sushchnost' prava (sovremennoye normativnoye pravoponimaniye na grani dvukh vekov) (The essence of law (modern regulatory legal thinking on the verge of two centuries). Izd. 2-ye, dop. Moscow, Izdat. dom «Pravo i gosudarstvo», 2005.



4. Vasil'yeva T.A. Ponyatiye i znachenkiye istochnika prava (The concept and value of the source of law). *Vestnik Volzhskogo universiteta im. V.N. Tatishcheva*, 2010, No. 73, pp. 37-44.
5. Bolgova O.S. Osnovnyye istochniki prava (The main sources of law). *Izvestiya Rossiyskogo gosudarstvennogo pedagogicheskogo universiteta im. A.I. Gertsena*, 2009, No. 92, pp. 48-50.
6. Izakson R.A. Aktual'nyye problemy istochnikov prava (Actual problems of sources of law). *Vestnik Vostochno-Sibirskogo instituta MVD Rossii*, 2014, No. 3 (70), pp. 12-20.
7. Aleksandrova M.A. Resheniya Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii kak istochnik rossiyskogo prava (Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation as a source of Russian law), avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. Moscow, 2017.
8. Gadzhinova F.M. Istochniki prava i ikh sistema v sovremennom rossiyskom prave (Sources of law and their system in modern Russian law), dis. ... kand. jurid. nauk. Moscow, 2004.
9. Drobyshevskiy S.A., Dantseva T.N. Formal'nyye istochniki prava (Formal sources of law). Moscow, Norma, 2011.
10. Rudkovskiy V.A. Teoriya istochnikov prava: diskussionnyye momenty (Theory of sources of law: debatable moments). *Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy yuridicheskoy akademii*, 2015, No. 6 (107), pp. 23-28.
11. Rudkovskiy V.A. Istochniki prava: problemy teorii (Sources of law: problems of theory). *Vektor nauki TolGU. Seriya: Yuridicheskiye nauki*, 2016, No. 4 (27), pp. 73-75.
12. Kalinin A.YU., Komarov S.A. Forma (istochnik) prava kak kategoriya v teorii gosudarstva i prava (Form (source) of law as a category in theory of state and law). *Pravovedeniye*, 2000, No. 6, pp. 3-10.
13. Marchenko M.N. Istochniki prava (Sources of law). Moscow, Prospekt, 2005.
14. Marchenko M.N. Istochniki prava (Sources of law). 2-ye izd., pererab. Moscow, Norma, 2014.
15. Petrov K.V. Ob istochnikakh i formakh prava v postsovetskom pravovedenii (On the sources and forms of law in the post-Soviet jurisprudence). *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*, 2009, No. 1 (15), pp. 61-75.
16. Reutov V.P. Tipy pravoponimaniya i problema istochnikov i form prava (Types of law and the problem of sources and forms of law). *Vestnik Permskogo universiteta*, 2010, No. 2 (8), pp. 54-70.
17. Drobyshevskiy S.A., Dantseva T.N. Formal'nyye istochniki prava (Formal sources of law). Moscow, Norma, 2011.
18. Ivanyuk O.A. Istochniki prava: problema opredeleniya (Sources of law: the problem of definition). *Zhurnal rossiyskogo prava*, 2007, No. 9 (129), pp. 142-150.
19. Lapayeva V.V. Razlichnyye tipy pravoponimaniya: analiz nauchno-prakticheskogo potentsiala (Different types of legal understanding: analysis of scientific and practical potential). *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, 2006, No. 4, pp. 5-15.
20. Miroshnik S.V. Istochnik prava i forma prava: sootnosheniye ponyatiy (The source of law and the form of law: relationship of concepts). *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve*, 2013, No. 5, pp. 35-37.
21. Korkunov N.M. Lektsii po obshchey teorii prava (Lectures on the general theory of law). St. Petersburg, Yuridicheskiy tsentr Press, 2003.
22. Kashanina T.V. Struktura prava (Structure of law). Moscow, Prospekt, 2013.
23. Ivanyuk O.A. Istochniki prava: problema opredeleniya (Sources of law: the problem of definition). *Zhurnal rossiyskogo prava*, 2007, No. 9 (129), pp. 142-150.

Дата поступления: 24.01.2019

Received: 24.01.2019