

ПОГОДИН Александр Витальевич,
доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой теории и истории
государства и права Юридического факультета
ФГАОУ ВО «Казанский (Приволжский) федеральный университет»
e-mail: pgd13@bk.ru

ПУТИНЦЕВ Андрей Владимирович,
аспирант кафедры теории и истории
государства и права Юридического факультета
ФГАОУ ВО «Казанский (Приволжский) федеральный университет»
e-mail: chiefdom@yandex.ru

ШАРАКШИНОВА Туяна Чингисовна,
аспирант кафедры теории и истории
государства и права Юридического факультета ФГАОУ ВО
«Казанский (Приволжский) федеральный университет»
e-mail: tuyana.91@mail.ru

12.00.01 – Теория и история права и государства; история правовых учений

ТЕХНОЛОГИЧЕСКОЕ ПОНИМАНИЕ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

Аннотация. В настоящей статье предпринята попытка предложить новый подход к традиционной для российского правоведения проблеме источников права. Авторы ставят своей целью описание механизма, в ходе которого различные факторы правообразования приводят к появлению той или иной формы права: закона, обычая, судебного акта и т.п. В качестве категории, позволяющей решить поставленную задачу, авторами предлагается правотворческая технология, поскольку она описывает протекающую по определенным правилам человеческую деятельность (источник права в динамике) и предопределяет заданный результат (источник права в статике, или форма права). В статье анализируются основные признаки источника права в динамике. Особое внимание уделяется структуре правотворческой технологии, предлагается перечень ее элементов. В заключение формулируются ключевые вопросы, на которые необходимо будет дать ответ в ходе дальнейшей разработки проблем понимания источника права как правотворческой технологии, и высказывается предположение о дальнейших перспективах применения авторского подхода в юридических исследованиях данной проблематики.

Ключевые слова: правообразование, правотворчество, правотворческая технология, источник права, форма права, правовое регулирование, правовая динамика.

POGODIN Alexander Vitalievich,
Doctor of Law, Professor,
chief of Department of theory and history of state and law,
Law Faculty of Kazan (Volga region) Federal University

PUTINTSEV Andrey Vladimirovich,
post-graduate student of Department of theory and history of state and law,
Law Faculty of Kazan (Volga region) Federal University

SHARAKSHINOVA Tuyana Chingisovna,
post-graduate student of department of theory and history of state and law,
Law Faculty of Kazan (Volga region) Federal University

UNDERSTANDING OF SOURCES OF LAW AS LAW-MAKING TECHNOLOGY

Annotation. *In this article, an attempt is made to propose a new approach to the problem of sources of law that is traditional for Russian jurisprudence. The authors set as their goal the description of the mechanism in which various factors of law formation lead to the appearance of some form of law: law, custom, judicial act, etc. As a category that allows to solve the task, the authors suggest law-making technology, as it describes the human activity proceeding according to certain rules (the source of law in dynamics) and predetermines the given result (the source of law in statics, or the form of law). The article analyzes the main features of the source of law in dynamics. Particular attention is paid to the structure of law-making technology, a list of its elements is proposed. In conclusion, key questions are formulated, which will need to be answered in the course of further development of problems of understanding the source of law as law-making technology, and an assumption is made about further perspectives of using the author's approach in legal research of this problem.*

Key words: *legal education, law-making, law-making technology, source of law, form of law, legal regulation, legal dynamics.*

Представляется, что понимание форм и источников права в юридической науке, истоки которого восходят ко второй половине XIX в., перестало отвечать потребностям практики и должно быть переформулировано. В настоящее время сложились два подхода к соотношению категорий: «источники права» и «формы права». При узком подходе они рассматриваются как синонимы и обозначают способы внешней объективации правовых норм. При широком подходе под источниками права понимают факторы правообразования, однако механизм влияния факторов правообразования на конкретную форму права по-прежнему представляет собой научную проблему [1, с. 243 - 254; 2, с. 8 - 23; 4, с. 29 - 58].

Традиционная теория источника права требует уточнения, дополнения и развития в соответствии с современными достижениями науки и практики. Предлагаемая нами методология представляет собой альтернативу дедуктивным рассуждениям о соотношении понятий «источник права» и «форма права», и основывается на изучении юридической практики, что позволяет увидеть тесную связь между факторами правообразования и формой внешней объективации правовой нормы через категорию правотворческой технологии.

Элементами теории источников права, согласно нашему подходу, являются знания:

о деятельности специально уполномоченного субъекта по созданию права (источник права в динамике) и о результатах этой деятельности (источник права в статике, или форма права), т.е. источник права включает процесс создания норм права и его результат, а форма права - результат деятельности, поэтому источник права - целое, а форма права - его неотъемлемая часть;

о факторах влияния на процесс создания права (факторы нормообразования или факторы правообразования).

Технология как источник права

Рассмотрим более подробно первый элемент. Существующий синонимический ряд терминов (источник права в динамике, правотворчество, сюда, на наш взгляд, можно отнести термин «нормативно-правовое регулирование») отражает технологию создания права. Этот синонимический ряд терминов в предельно общей форме закрепляет теоретическое знание об особенностях технологии деятельности человека как непосредственного источника права.

Технология в наиболее общем виде представляет собой совокупность методов и инструментов для достижения желаемого результата. В процессе правотворчества желаемым результатом является форма права, эффективно выражающая вовне правовые нормы. Именно деятельность, направленная на создание правовых норм и протекающая по определенной технологии, является источником права. Иными словами, исторически сложились и доказали свою эффективность различные технологии нормативно-правового регулирования, различные источники права.

В предлагаемой интерпретации источник права обладает следующими основными признаками.

1. Специально уполномоченный субъект, используя источник права, создает объективное право, регулирующее неопределенное множество общественных отношений или ситуационное право [5; 6], регулирующее конкретное отношение.

2. Находится в определенной системной взаимосвязи с другими источниками права. Вместе с тем следует отметить, что система источников права сама по себе может считаться своео-

бразной юридической метатехнологией. Так, традиционно отмечаемый приоритет нормативно-правового акта в романо-германской правовой семье и судебного прецедента - в англосаксонской есть не что иное, как определенный способ выстраивания иерархии источников права.

3. Результатом функционирования источника права является конкретная форма права - явно или предполагаемо выраженный текст, содержащий пригодные для восприятия адресатами правовые нормы.

4. В условиях правовых систем современности источник права легален - в том смысле, что и технология, и результат, определенным образом закреплены в законе. Источник права должен быть либо предусмотрен, либо не запрещен законом, его юридическая сила должна признаваться законами. Например, закон, принятый с нарушением установленной технологии, не имеет юридической силы, равно как и обычай, доказать существование которого не могут стороны, не будет применяться судом в конкретном деле. При этом фактические взаимосвязи между источниками права могут отличаться от провозглашаемой государством презумпции приоритета закона. Так, нелегальный, но конвенционально признаваемый источник права (например, обычай, религиозная норма или договор) может выиграть конкуренцию за фактическое регулирование поведения. Такова, например, ситуация с многоженством, однополыми браками и суррогатным материнством в тех государствах, где они игнорируются или запрещаются законодательством. Показательны и долгие и безуспешные попытки вытеснения дуэлей у дворян, известные из истории отечественного уголовного права [3, с. 571].

5. Источник права в статике (форма права) адресован субъектам, которые определяются территориально или по кругу лиц. Кроме того, он имеет временные пределы своего действия.

6. Каждый источник права и соответствующая ему форма выполняют определенные функции в правовом регулировании. Так, судебный акт разрешает конкретный юридический конфликт, закон регулирует конкретную практику и т.д.

7. Каждый источник права имеет специфическую технологию создания. Исследование элементов этой технологии, а также описание механизмов того, как конкретная технология обеспечивает именно такой, а не иной результат, приводит к появлению, допустим, именно обычая, а не судебного прецедента, открывает перспективы для исследования путей повышения эффек-

тивности правотворческой деятельности, поэтому рассмотрим данный признак более подробно.

Элементы технологии создания форм права

Технологическое понимание источника права предполагает описание структуры технологии. Считаем необходимым включить в состав технологии следующие элементы:

1. Субъекты и институты (организационные структуры). К ним относятся не только те, кто представляет государство, например, законодательные органы и депутаты, но и те, кто имеет негосударственную природу, например, структуры местной власти и соответствующие субъекты. От природы субъектов правотворчества помимо формы и содержания норм права зависят способы обеспечения общеобязательности норм. Так, обычай, создаваемый практикой поведения неопределенного множества субъектов права, защищается самими участниками практики или государственными или надгосударственными органами в том случае, если участники практики могут доказать его существование. Так же от правового статуса субъекта зависит масштаб действия права по территории и кругу лиц. Общепризнанные принципы и нормы международного права, нашедшие отражение в Уставе ООН, имеют универсальное значение. Законы, принятые Государственной Думой РФ, одобренные Советом Федерации РФ, подписанные и обнародованные Президентом РФ, действуют на территории всей Российской Федерации, тогда как законы субъектов Федерации, даже принятые в соответствии с федеральным законодательством, имеют юридическую силу лишь на определенной части территории Российской Федерации и касаются граждан, проявляющих правовую активность на соответствующей территории.

2. Объект источника права, т.е. различные виды общественно-значимой практики или отдельные ее элементы, которые подвергаются нормативно-правовому регулированию. Это конкретные экономические, политические и иные отношения (практика в динамике, регулятивно-динамическая функция права) и условия, внешняя среда для нормального функционирования отношений (практика в статике, регулятивно-статическая функция права) [9]. Вместе с тем объект через правосознание субъектов оказывает активное обратное воздействие на источник права и становится важнейшим фактором правообразования.

Факторы правообразования включают: политические, экономические, социальные, идеологические, духовно-нравственные, культурологические, собственно правовые, геополитические, национальные, религиозные особенности регулируемых практик. Например, традиционные ценности современного российского общества определяют признание пропаганды гомосексуализма вопросом правового (а не морального) регулирования, причем на уровне федерального закона. Преобладание в конфессиональной структуре населения РФ атеистов и православных привело к тому, что Рождество Христово объявляется выходным днем на уровне федерального закона. Вместе с тем в регионах, в населении которых велика доля исповедующих ислам, праздники Ураза-Байрам и Курбан-Байрам официально объявляются выходными днями приказами главы соответствующего субъекта Федерации, не приобретая общенационального значения.

3. Методы и процедуры создания права. Необходимо понимать, что эти методы и процедуры как специфические инструменты деятельности субъектов являются сердцевинной технологией, однако не во всех случаях они закреплены де-юре, что приводит к необходимости выявлять их де-факто. Именно методы и процедуры являются главным фактором для классификации технологии создания права.

4. Материальные ресурсы, обеспечивающие правотворческую деятельность. К таковым следует отнести здания, сооружения, канцелярские принадлежности, используемые для осуществления технологических операций и т.д. Так, например, для использования технологии законодательства требуется единовременное нахождение в одном месте определенного числа депутатов, составляющего кворум. Это подразумевает места для проживания депутатов во время сессии, наличие зала для заседаний, системы фиксации итогов голосования и т.п. Для использования технологии референдума требуется организовать печать бюллетеней, сформировать комиссии референдума, найти помещения для участков, на которых будет осуществляться волеизъявление граждан.

5. Информационные ресурсы, обеспечивающие эффективность правотворческой деятельности. Активная информатизация (например обсуждение нормативно-правовых актов на площадках в сети Интернет) является частью технологии. В случае с обычным правом роль такого ресурса играют мифы и предания. Немаловажной для конкретизации нормы права является

деятельность справочных правовых систем. Важнейшим элементом технологии являются средства доведения содержания правовых норм до адресатов. Помимо источников официального опубликования к таковым нужно относить упомянутые выше справочно-правовые системы, а также средства правовой пропаганды. Несмотря на то что и закон, и обычай, и судебный прецедент, и правовую доктрину можно отнести к текстуальным правовым источникам [7, с. 500 - 502], они доводятся до сведения адресатов при помощи различных информационных ресурсов, демонстрируя разную степень охвата. Как отмечал С.Л. Зивс, форма права может в некоторых случаях оказывать тормозящее влияние на передачу правовой информации [2, с. 16].

6. Результат использования технологии, т.е. та или иная форма права или, как синоним, один из видов источников права в формально-юридическом смысле. Технология создания права имеет своим итогом текст, выражающий с той или иной степенью определенности правовую норму.

7. Такая постановка вопроса о понимании источников права представляет несомненный интерес для практики. Так, в одном из своих решений (По делу о проверке конституционности ст. 11 Закона РТ от 8.07.1992 г. № 1560-ХП (в ред. от 28.07.2004 г. № 44-ЗРТ) «О государственных языках Республики Татарстан и других языках Республики Татарстан»; п. 3.7. Порядок приемки выполненных работ и (или) оказанных услуг по капитальному ремонту общего имущества в многоквартирном доме с участием лиц, уполномоченных действовать от имени собственников помещений (утв. постановлением Кабинета министров РТ от 9.06.2016 г. № 376), а также названного постановления в целом в связи с жалобой гражданки Г.З. Галимзяновой: постановление КС РТ от 23 июня 2017 г. № 74-П // Официальный сайт КС РТ. URL: http://ks.tatarstan.ru/rus/file/pub/pub_1011639.pdf (дата обращения: 07.09.2018) Конституционный суд Республики Татарстан признал, что соблюдение органами государственной власти и органами местного самоуправления в Республике Татарстан разумных сроков при официальном опубликовании нормативно-правовых актов на государственных языках Республики Татарстан - татарском и русском (по сути, соблюдение установленной республиканским законодательством правотворческой технологии) - является неотъемлемым элементом механизма защиты прав и свобод человека и гражданина.

Сводимы к вопросу об особенностях правотворческой технологии и дискуссии правоведов-международников о том, достаточно ли практики для возникновения международно-правового обычая, или требуется дополнительно *opinio juris* - признание юридической силы - для его возникновения [8].

Указанные примеры говорят о том, что практикой может и должно быть востребовано знание о том, какие технологические сбои делают результат правотворческого процесса недостижимым, «бракованным». Такие знания должны и могут быть получены именно в результате общетеоретических исследований. В частности, авторами современной концепции правовой маргинальности (правовой неопределенности, отчуждения, «пограничности» в ценностно-мировоззренческих диапазонах права [10]), обосновываются механизмы преодоления «технологических сбоев» неэффективного правотворчества в рамках стратегий антимагринальной правовой политики [11].

Представляется целесообразным отметить, что необходимо выявление внутренних структурных взаимосвязей элементов юридической технологии как позитивного, так и негативного свойств. Следует внимательно остановиться на классификации источников права в статике, на широком эмпирическом материале показать, как технологические особенности создания формы права влияют на ее регулятивный потенциал, выявить степень вариативности каждой технологии.

Решение этих проблем будет способствовать становлению нового подхода к проблеме источников права, совмещающего преимущества статичного и динамического взгляда на правовые формы.

В любой правовой системе современности используются различные источники права. Каждый источник как специфическая технология создания и существования права выступает объектом теоретического исследования, что позволяет существенно модернизировать теорию источника права, переориентировав ее с описания эмпирического материала, предоставляемого историей права, социологией и сравнительным правоведением на выявление глубоких закономерностей внешнего выражения системы права, установить связь источников права с другими правовыми явлениями, определить место внеправовых факторов в правотворчестве. Так же такой исследовательский подход открывает перспективы прикладных исследований, свя-

занных с выявлением несовершенств правотворческих технологий и методов их коррекции не только применительно к законодательству, но и ко всей системе источников права в формально-юридическом смысле в целом.

Список литературы:

- [1] Вопленко Н.Н. Очерки общей теории права. Волгоград, 2009.
- [2] Зивс С.Л. Источники права. М., 1981.
- [3] Лохвицкий А.В. Курс русского уголовного права. СПб., 1871.
- [4] Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М., 2005.
- [5] Погодин А.В. Ситуационный праворегулирующий комплекс: постановка проблемы // Ученые записки Казанского гос. ун-та. Сер. «Гуманитарные науки». 2008. Т. 150. № 5. С. 45 - 50.
- [6] Погодин А.В. Ситуационное право и общерегулятивное правоотношение в правореализации // Юридический мир. 2013. № 2. С. 64 - 68.
- [7] Поляков А.В. Общая теория права: курс лекций. СПб., 2001.
- [8] Самхарадзе Д.Г. Обычай как источник международного права // // Право и политика. 2005. № 4 [Электронный ресурс] – Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 07.09.2018).
- [9] Pogodin A.V., Krasnov E.V., Valiev R.G. The Structure of Practice and Quality of the Objective Law // HELIX. 2018. Vol. 8. Is. 1. P. 2447 - 2450.
- [10] Степаненко Р.Ф. Общеправовая теория маргинальности: основные подходы и цели // Государство и право. 2015. № 5. С. 30 - 39.
- [11] Степаненко Р.Ф. Понятие, основные виды и направления правовой политики в сфере правового регулирования процессов маргинализации // Право и политика. 2014. № 4. С. 493 - 504.

Spisok literatury:

- [1] Voplenko N.N. Ocherki obshchej teorii prava. Volgograd, 2009.
- [2] Zivs S.L. Istochniki prava. M., 1981.
- [3] Lohvickij A.V. Kurs russkogo ugolovnogogo prava. SPb., 1871.
- [4] Marchenko M.N. Istochniki prava: ucheb. posobie. M., 2005.
- [5] Pogodin A.V. Situacionnyj pravoreguliruyushchij kompleks: postanovka problemy // Uchenye zapiski Kazanskogo gos.

un-ta. Ser. «Gumanitarnye nauki». 2008. T. 150. № 5. S. 45 - 50.

[6] Pogodin A.V. Situacionnoe pravo i obshcheregulyativnoe pravootnoshenie v pravorealizacii // Yuridicheskij mir. 2013. № 2. S. 64 - 68.

[7] Polyakov A.V. Obshchaya teoriya prava: kurs lekcij. SPb., 2001.

[8] Samharadze D.G. Obychaj kak istochnik mezhdunarodnogo prava // // Pravo i politika. 2005. № 4 [Elektronnyj resurs] – Rezhim dostupa: SPS «Konsul'tantPlyus» (data obrashcheniya: 07.09.2018).

[9] Pogodin A.V., Krasnov E.V., Valiev R.G. The Structure of Practice and Quality of the Objective Law // HELIX. 2018. Vol. 8. Is. 1. P. 2447 - 2450.

[10] Stepanenko R.F. Obshcheppravovaya teoriya marginal'nosti: osnovnye podhody i celi // Gosudarstvo i pravo. 2015. № 5. S. 30 - 39.

[11] Stepanenko R.F. Ponyatie, osnovnye vidy i napravleniya pravovoj politiki v sfere pravovogo regulirovaniya processov marginalizacii // Pravo i politika. 2014. № 4. S. 493 - 504.

