

NEWS

OF THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

SERIES OF SOCIAL AND HUMAN SCIENCES

ISSN 2224-5294

Volume 2, Number 300 (2015), 276 – 286

UDC 342.7(574)

Sources of law: problems of interpretation in modern jurisprudence

Taitorina B.A.¹, Tusupbekova S.K.²

binur.a@mail.ru

¹Kazakh National Pedagogical university named after Abay, Almaty, Kazakhstan

²Baltik International Academy, Riga, Latvia

Key words: law, control, function, law, classification, control relationship.

Abstract. The aim of the article is to study the constitutional and legal problems of state control. Actualized the problem of generalization theoretical base content of the category "control" as one of the most effective forms of implementation of social activities of public authorities; identify the underlying types of strategies and priorities of state control in the Republic of Kazakhstan, its place and role in the system of checks and balances aimed at preserving the balance, balance of power; study of the main directions and principles of constitutionalization measures of state control as a means of ensuring, on the one hand, the effectiveness of the other, the modernization of public administration.

УДК 342.7(574)

Источники права: проблемы интерпретации в современной юридической науке

Тайторина Б.А.¹, Тусупбекова С.К.²

binur.a@mail.ru

¹ Казахский национальный педагогический университет имени Абая, кафедра теории государства и права и конституционного права, г.Алматы, Республика Казахстан

² Балтийская Международная академия, г.Рига, Латвия

Ключевые слова: право, контроль, функция, закон, классификация, контрольные правоотношения.

Аннотация. Целью статьи является исследование конституционно-правовых проблем государственного контроля. Актуализируются проблемы обобщения теоретической базы содержания категории «контроль» как одной из эффективных форм осуществления социальной деятельности органов государственной власти; выявления основополагающих видов и приоритетов стратегии государственного контроля в Республике Казахстан, его места и роли в системе сдержек и противовесов, направленных на сохранение равновесия, баланса ветвей власти; исследования основных направлений и принципов конституционализации мер государственного контроля как способа обеспечения, с одной стороны, эффективности, с другой, модернизации государственного управления.

Учение об источниках права как один из центральных разделов юридической науки характеризуется длительной и богатой эволюцией – с самого момента возникновения права до его современного доктринального осмысления и практического воплощения. Солидные теоретические разработки понятия источников права, воплощенные в исследованиях теоретиков-правоведов разных эпох развития права, не сумели полностью исчерпать данную тематику в силу ее широты и дискуссионности. Ученые достигли единогласия лишь в одном постулате: проблема источников права есть начальная позиция в многотрудном процессе познания самого права, а решение проблем соотношения понятия источников права с понятием формы права, классификации и иерархии источников права, определения юридической природы различных источников и других вопросов представляется важным не только для национальных правовых систем, но и для различных

правовых семей. Особое значение успехи в теоретическом осмыслении данной проблемы имеют для развития сравнительного правоведения в целом [1, с.130, 134].

Проблема источников права и форм права, вопросы их соотношения является весьма значимой. В общетеоретическом плане данной или смежными с ней проблемами занимались Н.Г. Александров, С.С. Алексеев, Л.И. Антонова, С.Н. Братусь, В.М. Баранов, А.И. Васильев, И.В. Воронкова, В.Б. Исаков, Д.А. Керимов, С.Ф. Кечежян, В.Н. Кудрявцев, В.В. Лазарев, Г. В. Мальцев, С.Ю. Марочкин, М.Н. Марченко, Н.И. Матузов, В.С. Нерсисянц, А.С. Пиголкин, С.В. Поленина, И.Н. Сениякин, В.Н. Синюков, Н.Н. Разумович и другие. Проблема источников права часто становится предметом отраслевых юридических наук, берущих на вооружение общетеоретические проблемы источников права. Значительный вклад в разработку теории источников права внесли труды С.А. Авакьян, М.В. Баглая, Т.Д. Зражевской, Ф.И. Калинычева, М.Г. Кириченко, И.В. Котелевской, В.Ф. Котока, И.Н. Кузнецова, О.Е. Кутафина, В.О. Лучина, В.В. Маклакова, Л.А. Морозовой, Г.И. Муромцева, Н.А. Михалева, Б.А. Страшуна, Ю.А. Тихомирова, Б.Н. Топорнина, Б.С. Эбзеева. Фундаментальное исследование данной тематики содержат учебное пособие М.Н.Марченко «Источники права», диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук В.А. Бошно «Форма права: теоретико-правовое исследование» (Москва, 2005), Н.А.Власенко «Проблемы точности выражения формы права (лингво-логический анализ)» (Екатеринбург, 1997), диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук Т.В.Гуровой «Актуальные проблемы теории источников права» (Самара, 2000), А.Б.Дороховой «Роль судебного прецедента в правовой системе (сравнительно-правовой анализ)» (Москва, 2001), О.В.Маловой «Правовой обычай как источник права» (Екатеринбург, 2002), М.А.Нечитайло «Нормативный договор как источник права» (Москва, 2002), А.В.Прохачева «Обычай в системе форм права» (Ростов-на-Дону, 2002), О.В.Богатовой «Нормативный правовой акт как источник права (Москва, 2004), А.Ю.Гарашко «Особенности системных свойств источников права» (Москва, 2013), труды М.И. Байтина «Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков» (Москва, 2005), А.В.Васильева «Источники и формы права» как научная категория» (Источники права: проблемы теории и практики, – М., 2008), В.Н.Карташова «Традиционные и современные подходы к пониманию источников права», Л.А.Морозовой «Нормативный договор как источник права» (Источники права: проблемы теории и практики. М., 2008) и многие другие теоретические источники.

Понятие источника права и его соотношение с понятием формы права

В современной литературе определение понятия формы права и источников права не является общепризнанным и поставлено в зависимость от того, сторонниками какой правовой теории являются исследователи. Речь идет прежде всего о концепции юридического позитивизма и теории естественного права. Вполне логично в научной литературе проблемы правопонимания рассматриваются в связи с исследованием источников права. Тип правопонимания безусловно влияет на понимание источника права. Вместе с тем можно определить общую тенденцию во взглядах представителей разных теорий в вопросах исследования разных форм права и их особенностей с небольшим исключением, когда объектом изучения становится правовой прецедент [2].

Генезис исследований проблем форм права и источников права восходит к античным временам, переживая в процессе эволюции эпоху Средневековья и Нового времени, последующие этапы исторического развития, а в современный период развития юридической науки наблюдается значительное повышение интереса к научной проблематике форм и источников права, в контексте отраслей права, проявляющееся в разработке на диссертационном уровне проблем отдельных видов источников. Более того, существует тенденция рассмотрения форм права в системной взаимосвязи на основе принципов единства, иерархичности, комплексности [3]. Форма права представляет собой форму именно права как отдельного явления, и соотносится она только с содержанием права. Ее назначение -упорядочить содержание права, придать ему свойства государственно-властного характера. Выделяют внешнюю и внутреннюю формы права. Внутренняя форма права - это структура и связи. К ней относят систему права, горизонтальную и вертикальную структуры соподчиненности всех ее элементов. Относительно внешней формы права в современной юридической литературе не сформировалось единого понимания, что объяснимо в связи с неоднозначной трактовкой различными авторами уже самого содержания права.

Считается, что исследуемый термин появился в научном обороте благодаря еще Титу Ливию, впервые использовавшему понятие «источник права» и определившему Законы Двенадцати таблиц источником всего частного и публичного римского права [4, с.97]. Учитывая многообразие, многогранность, многослойность и многозначность исследуемой проблематики и подчеркивая невозможность охватить анализом всю парадигму научных трудов, остановимся лишь на некоторых определениях понятия источников права. По определению Жана-Луи Бержеля, источники права представляют собой созидательные силы права, обеспечивающие нормы материальной основой [5, с.97].

Обоснованно звучит определение термина в трех ипостасях: как источник познания права, как источник права в материальном смысле (фактор, обуславливающий возникновение права) и как источник права в формальном смысле (закрепление права в позитивных предписаниях) [6, с.168]. Источник права трактуется во-первых, широко – как социальные факторы, определяющие содержание правовых норм, и государство как та сила, которая творит право, так и источники информации о праве [7, с.167]; во-вторых, в узком значении – как объективированное закрепление и проявление содержания права в конкретных актах государственных органов, решениях судов, обычаях и других источниках, имеющих общеобязательное значение [8, с.76]. Для стран общего права характерным источником права является статут (закон) и прецедент (находящийся по отношению к статуту в подчиненном положении). Следует отметить, что в литературе зарубежных стран также констатируется дискуссионность тематики источников права, что является подтверждением сложности данного явления [9, с.156-185]. М.Н.Марченко полагает, что многозначность термина раскрывается с разных сторон и в разных аспектах: с позиций этимологии; под углом зрения как источника права как естественного – географического, климатического, биологического и иного фактора; как социального, политического, идеологического, культурологического и иных подобных факторов (естественный источник, оказывающий непосредственное влияние на процесс правообразования и опосредованное – на процесс правотворчества и, соответственно, на само право); с материальной точки зрения (материальный источник права – источник права экономических факторов, оказывающих определенное влияние на процесс правообразования). Кроме того, источник права рассматривается с философской точки зрения – с обоснованием философских идей, лежащих в основе той или иной правовой теории, правовой системы и системы права. Особый интерес представляет исследование источника права, рассматриваемого в формально-юридическом плане с акцентуацией на средствах и способах внутренней организации правовой материи и на формах выражения ее вовне [10, с.46-48].

Дискуссионной в доктрине остается проблема соотношения понятия источника права с понятием формы права. В данной дискуссии сосуществуют две диаметрально противоположные точки зрения: полное отождествление и полное разграничение данных понятий. Детальное рассмотрение позиций ученых о соотношении терминов форма права и источник права позволяет выделить в каждой группе специфические аспекты. Отождествление формы права и источника можно подразделить на: 1) полное отождествление (М.И.Байтин, С.Ф.Кечекьян, Н.М.Коркунов, В.М.Хвостов и др.) и уравнивание понятий с целью замены одного понятия другим (Л.Н.Дювенуа, Г.Ф.Шершеневич и др.); 2) разделение понятий в разных вариантах, при этом: - один из смыслов понятия «источник» совпадает с «формой» (Т. В. Гурова, М. Н. Марченко и др.); - одно из значений «формы» уравнивается с «источником» (С. Л. Зивс, Б. В. Шейндлин и др.); 3) полное разделение понятий без пересечения при наличии других дополнительных терминов, служащих сопоставлению формы и содержания (В. О. Лучин, А. В. Мазуров и др.) [11, с.56].

Отождествление, сведение к идентичности понятий формы права и источник права допустимо в формально-юридическом смысле как внешнюю форму объективизации правовой нормы. В данном случае отождествление основано на дифференциации внешней и внутренней формы права, когда под внешней формой права подразумевается внешняя форма выражения правовой нормы и, соответственно, под внутренней – внутреннее устройство правовой нормы [12]. Как видно, обосновывается отождествление источника и формы права, во-первых, особенностями распространенного ранее нормативного типа правопонимания, основанного на признании источником права самой нормы, во-вторых, сведением источника права к государственной воле. Таким образом, отождествление терминов форма и источник права допустимо и оправдано, когда речь идет об

источниках в формальном смысле. Факторы, определяющие содержание права и оказывающие воздействие на правообразование, имеют отношение к термину источник права [13, с.56-57].

Сторонники разграничения понятий формы и источника права считают необходимым корректно различать факторы, создающие право и формы выражения норм: а) материальные источники права, охватывающие материальные условия жизни людей, б) идеальные, включающие все духовное – философские, нравственные, экономические, политические, научные, обыденные, юридические и иные идеи, взгляды и средства и способы их выражения. Материальным и идеальным источникам противопоставляются формальные и формально-юридические источники как формы внешнего выражения и закрепления содержания норм права. (обычай, прецеденты, НПА) [14, с.60-61]. Представляется правильным мнение о необходимости отделения проблемы источников права от проблемы форм его выражения. Обоснована эта точка зрения стремлением к точному использованию терминов. Источник права представляет собой условия, определяющие его содержание. А форма права – внешние формы выражения правовых норм – законодательство, прецеденты и т.д.

Формы и источники позитивного и естественного права

Анализ современных источников дает основания для вывода о том, что для концепции позитивного права, равно как и теории естественного права, не характерно строгое очертание признаков и единство – в рамках данных научных течений существует целый комплекс различных правовых теорий [15, с.60-61]. Научный позитивизм включает в себя идеи и взгляды аналитической теории, теории нормативизма, социологической теории права, психологической теории, исторической школы права и других доктрин. Одной из выразительных характеристик позитивного права является следующее определение: «реальный, существующий в законах и иных документах, фактически осязаемый (и потому – «позитивный») нормативный регулятор, на основе которого определяется юридически недозволенное поведение и выносятся судами, другими государственными учреждениями юридически обязательные, императивно властные решения» [16, с.28].

Основными признаками позитивного права являются:

- органическая связь с государством, обусловленность его с государством: право есть система общеобязательных норм, изданных или санкционированных государством;
- императивный характер: установленные правила обязательны для применения;
- формально-юридический характер;
- институциональный характер: существование и функционирование в виде формализованных правовых норм, выраженных в законах, в общеобязательных юридических документах.

В период последних десятилетий в литературе многих зарубежных стран наблюдается тенденция рассмотрения юридического в двух ракурсах: классического позитивизма и неопозитивизма. Классический позитивизм представлен твердой позицией: истоки генезиса и эволюции характеризуются государственным позитивизмом в чистом виде - наличием исключительных и непререкаемых законодательных полномочий у государственного суверена. Неопозитивизм, относящийся к более позднему этапу развития позитивизма, более демократичен, стремится к ограничению государства как «законодательного суверена» и расширить характеристику государства как законотворческого института до пределов его отождествления с государственно-организованным обществом. Позитивное право основано на нормотворческой деятельности государственных органов - от монарха до парламента. Соответственно изменилась система форм и источников позитивного права. Если раньше пальма первенства в этой системе принадлежала актам государя – суверена, олицетворяющего собой всю нацию и государство, то в более поздний период она перешла к актам “суверенного” парламента. Ведущей формой английского позитивного права, особенно в конце XIX – начале XX в., стали вместо актов короны акты (статуты) парламента. Таким образом, для позитивизма характерно, что право трактуется как «продукт государства (его власти, воли, усмотрения, произвола)»; что оно «сводится к принудительно-властным установлениям, к формальным источникам» в виде законов, указов, постановлений, обычному праву, судебному прецеденту, т. е. «к закону (в собирательном смысле) – к тому, что официально наделено в данное время и в данном месте законной (властно-принудительной) силой»; и что «принудительность как отличительный признак права трактуется не как следствие каких-либо объективных свойств и требований права, а как исходный,

правообразующий и правоопределяющий фактор, как силовой (и насильственный) первоисточник права» [17, с.785].

Современные неопозитивизм, сохраняя корневые позиции классического позитивизма, разновекторно разделяет свои позиции по направлениям либо аналитической и нормативистской концепции; либо теории научного позитивизма и социологического позитивизма (право не является исключительно продуктом государства, это социальный, общественный продукт, источники – не акты государственных органов, а «факты истории, экономики или социологии» [5, с.51]; либо современных модернизированных концепций позитивистского склада (право – положительное, право мягкого позитивизма, органически сочетающее в себе черты позитивного права, «понимаемого в узком, собственном смысле этого слова», и некоторые черты естественного права) [18, с.260-263]. Следует отметить, что идея так называемого «мягкого позитивного права» культивируется многие десятилетия в юридической литературе зарубежных стран. Тенденция сближения позитивного (положительного) и естественного права становится все более устойчивой.

Трансформация понятия и содержания позитивного права влечет за собой трансформацию форм и источников (формальных и реальных) создаваемого им позитивного права: это соответственно нормативно-правовые акты, исходящие от государственных органов всех видов и уровней (формы права) и государственная воля, сформировавшаяся на базе общегосударственных и общественных или же выдающих себя за общегосударственные и общественные частногрупповых, индивидуальных и иных интересов (источники права).

Специфика естественного права определяет характер и природу его источников. Обширен и содержателен анализ источников естественного права, осуществленный М.Н.Марченко. Ученым выделены основные особенности естественного права: одновременно объективный и субъективный характер; идеалистический характер; неопределенный, по сравнению с позитивным правом, характер его формально-юридического и материального содержания [10, с.82-85]. При решении вопроса об определении форм и источников права в разные исторические периоды определяющее значение обретали наиболее существенные составляющие естественного права: «вечный неизменный порядок мироздания», или «природа вещей» - в эпоху древности; материальные условия жизни – в советский период; природа человека, его культура и сознание; связь явлений; коллективная воля; абсолютная идея права; свободная деятельность личности; разум, справедливость... - во все последующие эпохи.

Считается, что неясность в формировании представления об естественном праве налагает вуаль неопределенности на проблему определения его форм и источников [10, с.88]. Для системы источников естественного права характерно деление составляющих эту систему источников на первичные и вторичные; материальные и формальные. Материальные источники подразделяются, в свою очередь, на объективные (социальную среду с соответствующим содержанием) и субъективные (сознание, правосознание). Формам естественного права чужда внешняя формализованность, составляющие форм естественного права всегда представляют собой относительно самостоятельное явление и проявляются в устной, так называемой «стихийной форме». В данном контексте уместно упомянуть об идее взаимосвязи и взаимодействия естественного права с позитивным правом, способным креативно выразить требования естественного права. Данная идея нашла закрепление в законотворческой практике многих современных государств.

Основные виды и критерии классификации источников романо-германского права

Верно замечено, что «в самом общем плане «источник права» (source of law) рассматривается как один из путей, средств или способов формирования той или иной правовой системы» [19, с.170]. Романо-германская правовая семья, именуемая также семьей гражданского (гражданского) права, семьей континентального права, согласно доктрине, основана на системе источников права, имеющих формально-юридическое признание. Генетическое наследие римского права - наличие деления права на частное и публичное – является характерным признаком романо-германской правовой семьи. Реальная власть в руках публичных институтов принуждает государство к популяризации частного права, подчеркиванию его значения в целях собственной легитимации в среде гражданского общества [20, с.6]. Система источников романо-германского права абстрактна. Источники служат обезличенными, заранее установленными государством рамками поведения. Система источников романо-германского права практически полностью формируется за счет государственных

источников права. Специфической чертой континентального права является разветвленность в структуре права на институты, субинституты, отрасли, подотрасли. Система источников континентального права не самоуправляема, нуждается в регулярном внешнем вмешательстве, дроблении на структурные единицы и т.п. Именно с этим когерентно то, насколько ярко отличается базовый для романо-германского права источник - нормативный правовой акт от остальных типов источников права, что детерминировано, прежде всего, его формальностью, оторванностью от иных (кроме политики) форм общественного сознания (порой и самого права) [20, с.7].

К особенным чертам романо-германского права относится неприятие источников права, не санкционированных государством. Данное обстоятельство обосновывает закрытость системы источников континентального права, исключает ее развитие. Для источников же романо-германского права свойственно не искать крепких связей с гражданским обществом, которое может подорвать всевластие государства и силу законов в нем. В этой системе законы не творятся непосредственно в суде, но только обнаруживают себя в нем. Это еще раз подчеркивает, что именно в данной системе понятия права и закона отождествляются, а государственному праву отведена лидирующая позиция среди иных форм права. Следует подчеркнуть, что главной особенностью системы источников континентального права, оказывающей доминирующее влияние на формирование и развитие правовой семьи, является позиционирование государства и государственного права. В целом же для системы источников романо-германского права характерны закрытость, механичность, политико-юридическая насыщенность, этатизм, абстрактность, необходимость внешнего государственного управления, доминирование нормативных правовых актов, внешняя авторитетность, несоответствие природе права, нелегитимность, доминирование формальных элементов: законов, государственной воли, т.п. [20, с.6-8].

Традиционной для континентального права является классификация в зависимости от способа формирования тех или иных источников права. В соответствии с этим критерием все источники романо-германского права подразделяются на две группы: а) на акты, исходящие от государственных законодательных и исполнительно-распорядительных органов различных уровней и формирующих статутное право; б) на источники, возникающие и развивающиеся в силу развития тех или иных отношений в обществе, а также - самого общества (как, например, обычаи, традиции, правовая культура). Ко второй группе источников права следует отнести также правовые доктрины и работы (нередко - комментарии действующих законов) видных ученых-юристов.

В странах романо-германского права источники права делятся также в зависимости от способа их оформления и формы их внешнего проявления на писаные и неписаные, формальные и неформальные. К формально-юридическим, писаным источникам права относятся нормативно-правовые акты, имеющие определяющее значение роль как для всей системы романо-германского права в целом, так и отдельных составляющих ее правовых систем. К неформальным относятся, в частности, правовые доктрины, правовые традиции, общие принципы права, в особенности в тех странах, где они закреплены законодательно.

Наряду с названными вариантами классификации источников романо-германского права во многих странах, принадлежащих к данной правовой семье, практикуется еще одна, довольно специфическая для романо-германского права классификация. А именно - подразделение различных источников права на группы в зависимости от комплекса критериев, включающих в себя их юридическую силу, социальную значимость и степень их распространенности среди других источников права. В зависимости от уровня проявления данных признаков-критериев в западной юридической литературе выделяют соответственно первичные и вторичные источники права. При чем такая классификация источников права некоторыми авторами-компаративистами рассматривается не иначе, как «фундаментальная».

Подчеркнем: в теории источников романо-германского права наиболее важным, фундаментальным подразделением источников права на различные группы является их классификация на первичные источники, в которых содержатся нормы, имеющие обязательную силу для судов, и на вторичные источники, иногда называемые просто источниками или документами. Первичные источники во всех странах романо-германского права охватывают нормативные акты (*enacted law*) и обычаи с несомненным преобладанием первых над вторыми. Иногда к первичным источникам относят также общие принципы права. Что же касается

вторичных источников, то они могут иметь определенный юридический вес лишь тогда, когда первичные источники полностью отсутствуют или же когда они не полны или не ясны. Для принятия судебных решений этих источников вовсе недостаточно иметь в качестве юридической базы; их использование не является необходимым или обязательным. К вторичным источникам романо-германского права относят ранее принятые судебные решения (судебные прецеденты) и научные труды известных ученых-юристов.

Согласно сложившемуся обыкновению и практике все первичные и вторичные акты - источники права образуют в зависимости от их юридической силы, как в масштабе всей романо-германской правовой семьи, так и на уровне отдельных национальных правовых систем своеобразную иерархию, наверху которой находятся первичные источники, а внизу - вторичные.

Общими для всех правовых систем романо-германской правовой семьи являются источники права: нормативно-правовые акты, обычаи, судебная практика, международные договоры, общие принципы права, доктрины. В процессе классификации источников романо-германского права исследователи неизменно в центр внимания своих научных изысканий ставят законы. Во всех странах романо-германской правовой семьи есть писанные конституции, за нормами которых признается высший юридический авторитет. Этот авторитет проявляется и в установлении большинством государств судебного контроля за конституционностью обычных законов. Конституции разграничивают правотворческую компетенцию различных государственных органов и в соответствии с этой компетенцией проводят дифференциацию различных источников права. Европейская юридическая доктрина и законодательная практика различают три разновидности обычного закона: кодексы, специальные законы (текущее законодательство) и сводные тексты норм.

Своеобразно положение обычая в системе источников романо-германского права. Он может действовать не только *secundum lege* (в дополнение к закону), но и *praeter lege* (кроме закона). Возможны ситуации, когда обычай занимает положение *contra lege* (против закона) (например, в Италии в навигационном праве, где морской обычай превалирует над нормой Гражданского кодекса). В целом, однако, сегодня за редким исключением обычай потерял характер самостоятельного источника права.

По вопросу о судебной практике как источнике романо-германского права позиция доктрины весьма противоречива. Несмотря на это, можно сделать вывод о возможности отнесения судебной практики к числу вспомогательных источников.

В системе романо-германского права особое место занимает доктрина, разработавшая основные принципы построения этой правовой семьи. Доктрина играет весьма важную роль в подготовке законов. Она используется и в правоприменительной деятельности (в толковании законов).

Место и роль законов в системе источников англо-американского права

В числе признаков англо-американского права выделяется критерий первичности источников права гражданского общества, и, следовательно, вторичность роли государственных источников права. С данным критерием также тесно связаны такие признаки деления правовых систем, как отсутствие в англо-американском праве дифференциации императивных и диспозитивных норм права: «английская концепция исключает то деление, которое является элементарным для романских правовых систем, - деление норм на императивные и диспозитивные... 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... Для англичанина есть нечто шокирующее в предположении, что все законы могут не быть одинаково императивны» [21, с. 156].

Специфичность англо-американского права особенно ярко проявляется в отсутствии писаного права, что связано главным образом с распространенностью такого неписаного источника права как судебный прецедент. Прецеденты составляют основу судебного права, не требующего государственного (писаного) закрепления, аполитичного, легитимного и авторитетного по своей природе. В рамках судебного прецедента право творит сам человек, он становится неотъемлемой и обязательной частью процесса правотворчества. К источникам данной правовой семьи относят монографии, учебники и иные труды заслуженных юристов, судей, обладающих авторитетом в обществе. Судебные прецеденты и сейчас ярко демонстрируют различие между правом и законом, где первое создается гражданским

обществом с помощью судьи, является абсолютным феноменом, а второе – сугубо государственный приоритет, относительное явление. В целом для системы источников англо-американского права свойственны следующие особенности: органичность, моральная обогащенность, самоуправляемость, аполитичность, деэтизм, доминирование судебных прецедентов, казуальность, легитимность, внутренняя авторитетность, преобладание связи с гражданским обществом, синкретичность, открытость, эффективный механизм самовосполнения и генезиса, оличенность, доминирование содержательных элементов: разум, правосознание [20, с.6-8].

В основе англо-американской системы лежит общее право (common law) Великобритании, родившееся в результате деятельности королевских судов, решения которых признавались имеющими обязательную силу для нижестоящих судов. Прецедентное право – систематизированная доктриной совокупность решений судов высших инстанций, подлежащих применению к аналогичным делам.

Обычаем также уделяется достаточно большое внимание, особенно при формировании новых прецедентов. Что касается деловых обыкновений, то их значение достаточно велико в США, где они образуют основу рекомендательных актов частного характера, служащих в качестве моделей для отдельных штатов.

Англо-американская доктрина развивается под определяющим влиянием прецедентного права казуистически, путем обобщения отдельных прецедентов. Не случайно на современном этапе происходит сближение правовых систем, что особенно ярко видно на примере Европейского сообщества.

В современный период в англо-американском праве понятие закона практически совпадает с понятием нормативно-правового акта и понятием закона в широком смысле охватываются, кроме собственно законов (статуты), также акты Короны, издаваемые на основе прерогативы (в Англии, Канаде, Австралии), и все иные многочисленные и разнообразные подзаконные акты. В строго юридическом смысле закон (статут) понимается современными исследователями англосаксонского права не иначе как формальный, в письменном виде оформленный акт, исходящий от высшего законодательного органа страны [22, с. 49]. В Англии, Канаде, Австралии – это парламент, В США на федеральном уровне – это конгресс, а на уровне отдельных штатов – легислатуры.

В зависимости от юридической силы и соответственно от занимаемого места в системе источников права законы подразделяются на конституционные и обычные, или текущие. Помимо деления законов на конституционные и обычные, в англосаксонской правовой семье применительно к федеративным системам (Австралия, Канада, США) объективно складывается их подразделение на федеральные законы и законы, принимаемые на уровне отдельных субъектов федерации.

Наряду с названными видами законов и критериями их классификации в англосаксонской правовой семье используются и другие критерии подразделения законов на различные группы или виды. Среди них, например, относительно распространенными в последние десятилетия в ряде стран общего права (США, отчасти Австралия и Канада) стали критерии классификации действующих законов в зависимости от способов их систематизации: это кодифицированные и консолидированные акты. Кроме различных способов систематизации и других критериев классификации законов (статуты), в англосаксонском праве проводится и иная их градация. В частности, довольно распространенной является классификация законов по временному признаку, выделение среди общей их массы законов, рассчитанных на строго определенный период времени. Особенность временных актов заключается в том, что в них указывается точный срок действия, по истечении которого данный закон теряет юридическую силу. Однако в случае необходимости высший законодательный орган страны путем издания другого, специального акта может продлить срок его действия. Причем это может повторяться не один раз. Принятие такого рода актов является типичным для законодательства Англии. В англосаксонской правовой семье значительное внимание уделяется актам толкования законов (статуты).

Понятие, виды и особенности источников права Европейского Союза.

Уникальность системы источников правовой системы Евросоюза обусловлена правовым феноменом регионального союза государств. Исследователи данной тематики определяют источники права Евросоюза как «внешние формы выражения (проявления), закрепления юридических норм, принятых институтами ЕС в рамках их полномочий и в соответствии с установленными процедурами» [23, с. 284-287]. В литературе выделяются четыре основные группы источников европейского права: нормативно-

правовые акты, общие принципы права, решения Суда ЕС, международные договоры. Статья 249 Договора о Европейском экономическом сообществе (позднее - Европейское сообщество) содержатся юридически значимые акты, исходящие от уполномоченных на их издание органов Евросоюза, а именно - регламент, директива, решение, рекомендации и заключение. Марченко М.Н., Дерябина Е.М., используя разработки авторов зарубежных государств, систему источников права Европейского союза дополняют такими источниками как «судебный прецедент, правовая доктрина; формирующиеся правовые обычаи, за которыми, правда, далеко не всегда признается статус самостоятельного источника права; признанные Судом так называемые акты особой категории, или рода (*sui generis* acts), связанные с внутренней организационной и иной деятельностью институтов Евросоюза; а также акты, входящие в состав так называемого мягкого права, которое определяется как «система правил поведения, в принципе не обладающих официально признанной какой бы то ни было юридической силой», но тем не менее имеющих в сфере юридической деятельности различных органов Евросоюза «значительный практический эффект». Мягкое право (в отличие от обычного материального и процессуального - жесткого права) в западной юридической литературе рассматривается в виде некоего «вспомогательного» права и соответственно именуется вспомогательным правом. К числу его источников относятся также такие юридически значимые акты, как декларации, коммюнике и резолюции различных институтов Евросоюза; официальные ответы на вопросы, адресованные Европарламенту; заявления Комиссии по поводу проводимой Европейским союзом политики в той или иной области и др.» [24, с. 284-287].

Проблема классификации источников права ЕС также решается в доктрине европейского права неоднозначно. Наиболее популярными основаниями деления источников Европейского права на виды являются следующие: 1) в зависимости от их юридической силы все источники права Евросоюза подразделяются на две основные группы - источники первичного права и источники вторичного права; 2) в зависимости от сферы применения и направленности действия тех или иных источников - на внутренние (учредительные договоры, текущее законодательство Евросоюза и общие принципы права) и внешние (международные договоры); 3) по способу формирования и принятия тех или иных актов, именуемых источниками права Евросоюза, а также в зависимости от формы их выражения все источники права подразделяются на: а) учредительные договоры и иные акты, регулирующие важнейшие вопросы организации и функционирования Евросоюза"; б) акты, принимаемые институтами Европейского союза и сопоставимые с обычными законами и подзаконными актами национального права; в) решения Европейского суда справедливости, основанные на правовых нормах учредительных актов Евросоюза и иные источники права (общие принципы права ЕС и международного права, правовая доктрина).

Своеобразие источников Европейского права, как нередко отмечается учеными разных стран, связано с уникальностью самого феномена – регионального союза государств. Учитывая обширность тематики, рассмотрим лишь те особенности системы источников, которые имеют принципиальное значения для идентификации как данных форм - источников права, так и самой соотносящейся с ними правовой системы. Прежде всего следует отметить, что в отличие от источников национального права в основе источников, как и самого права Евросоюза, лежит не просто интерес одного народа, одной национальной правовой системы, но и совокупный интерес всех европейских народов и согласованность их воли. Дуализм проявления согласованности воли европейских народов: непосредственно - в учредительных договорных актах и опосредованно - в правовых актах - также источниках права Евросоюза, исходящих от формируемых ими надгосударственных институтов в лице Европейского Парламента, Совета Европейского союза, Европейской комиссии и других органов.

Специфика источников права Евросоюза имеет генетические корни, поскольку синтезирует основы систем источников романо-германского (континентального) и англосаксонского (общего) права: составляющими системы источников ЕС являются таких разноплановые источники, как закон в широком смысле, т.е. фактически нормативный правовой акт - основной источник романо-германского права, и прецедент - доминирующий источник англосаксонского права [25]. Кроме того, своеобразие источников права Европейского союза заключается в отсутствии их четкого иерархического построения и функционирования; в их действии в особом пространстве – в рамках региональной организации государств; в особом, дифференцированном порядке их

принятия и вступления в силу, а также включения содержащихся в них норм во внутреннее право государств - членов Евросоюза.

В системе источников права ЕС особое место занимают решения Европейского суда, имеющие важное значение прежде всего в правоприменительной деятельности государств-членов ЕС. Суд Европейских Сообществ представляет собой особый международный судебный орган, который, хотя и обладает широкими юрисдикционными полномочиями, является прежде всего «конституционным судом» Европейского Союза. Это подтверждается не только формальной компетенцией, которой Суд ЕС наделен в соответствии с учредительными договорами ЕС: проверка соответствия положений производного права нормам первичного права и вынесение постановлений в рамках процедуры преюдициального запроса. В пользу этого говорит практика Суда ЕС: при вынесении решений Суд ЕС чаще всего обращается к функциональным методам толкования, рассматривая общие цели учредительных договоров для выявления замысла законодателя, что характерно, в первую очередь, для органов конституционного правосудия. Широкое использование специальной преюдициальной процедуры позволило выстроить отношения между европейскими и национальными судебными органами на основании взаимовыгодного сотрудничества, связать неразрывной нитью логику европейского права и национальных правовых систем, а согласие национальных судов с правовой логикой и правовой позицией Суда в сочетании с существованием специальных механизмов защиты европейского права обеспечили обязательность решений Суда ЕС как источника права ЕС.

Решения Суда ЕС сыграли ключевую роль в развитии автономного правового порядка Европейского Союза. Именно в них сформулирована значительная часть правовых принципов, норм и институтов, которые к настоящему моменту составляют «основы конституционного строя ЕС». Решения Суда ЕС стали источником принципов прямого действия и верховенства права ЕС, принципа подразумеваемых полномочий; с их помощью на европейском уровне были установлены гарантии защиты прав человека, а также было признано наличие автономного правового порядка ЕС, построенного на основе учредительных договоров конституционного свойства; обозначены положение и состав «основ конституционного строя ЕС». В решениях Суда ЕС уточнены и детализированы критерии и параметры разграничения полномочий между институтами Европейского Союза и национальными органами публичной власти государств-членов. На основании комплексного анализа решений Суда ЕС можно выделить области исключительной компетенции ЕС (правовое регулирование единого рынка, общую внешнеторговую политику, общую сельскохозяйственную политику, общую рыболовецкую политику, основные правила конкуренции, основные начала транспортной политики), а также проследить подходы к распределению смешанной компетенции [23].

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Hall K. Oxford Companion to American Law. - Oxford. - 2002. - P. 130, 134.
- [2] Реутов В.П. Типы правопонимания и проблема источников и форм права // Вестник Пермского университета. - 2010. - Выпуск 2 (8) - электронный ресурс: <http://www.jurvestnik.psu.ru/>.
- [3] Бошно В.А. Форма права: теоретико-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. - Москва, 2005. - 440 с.
- [4][5] Hearn K. The Theory of Legal Duties and Rights. - L., 1883. - P.31-32.
- [5] Бержель Ж.-Л. Общая теория права. - М., 2000. - С.97.
- [6] Тарановский Ф.В. Учебник энциклопедии права. - Юрьев, 1917. - С.168.
- [7] Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В.С.Нерсесянца. - М., 1999.
- [8] Алексеев С.С. Право: азбука - теория - философия. Опыт комплексного исследования. - М., 1999.
- [9] Harris J. Legal Philosophies. - London, 1997. - P.156-185.
- [10] Марченко М.Н. Источники права: учеб.пособие. - М.: ТК Велби, Изд. Проспект, 2008. - 760 с.
- [11] Зарубина М. А. Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. - 2008. - № 2. - С.55-57.
- [12] Керимов Д.А. Философские проблемы права. - М., 1972.
- [13] Марченко М.Н. Государство и право в условиях глобализации. - М., 2008.
- [14] Карташов В.Н. Традиционные и современные подходы к пониманию источников права // Источники права: Проблемы теории и практики. - М., 2008.
- [15] McLeod I. Legal Theory. - L., 1999. - P. 12.
- [16] Алексеев С.С. Философия права. История и современность. Проблемы. Тенденции. Перспективы. - М., - 1997. - с.28.
- [17] Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б.Н. Топорнина. - М., 2001. - С. 785.
- [18] Hart A. Positivism and the Separation of Law and Morals/Essays in Jurisprudence and Philosophy. L., 1983. P. 260 - 263.
- [19] Осаке К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий: учебно-практическое пособие. - М., Юрист, 2008. - 830 с.
- [20] Гарашко А.Ю. Особенности систем источников права в романо-германской и англо-американской правовых семьях [Текст] / А. Ю. Гарашко // Юридические науки: проблемы и перспективы: материалы междунар. науч. конф. (г. Пермь, март 2012 г.). - Пермь: Меркурий, 2012. - С. 5-8.

- [21] Давид Р. Основные правовые системы современности. Перевод с французского доктора юрид. наук проф. Туманова В. А. - Москва: Прогресс, 1988. - 496 с.
- [22] Sim R., Pace P. A level English Law. - L., 1991. -P.49.
- [23] Топорнин Б.Н. Европейское право. - М, 1998.
- [24] Snider F. The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques // Modern Law Review. - 1993. -№ 19. - P. 32; Edward D., Lane R. European Community Law. An Introduction. Edinburgh, 1995. - P. 52; Марченко М.Н., Дерябина Е.М. Право Европейского союза. Вопросы истории и теории. - М.: "Проспект", 2010. - 308 с.
- [25] Henn H. Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. - Oxford, 2000. - P. 126-210; Hesselink M. The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe. - N.Y., 2002. - P. 11-22.

REFERENCES

- [1] Hall K. Oxford Companion to American Law. Oxford, - 2002, P. 130, 134 (in Eng.).
- [2] Reutov V.P. Types of law and the problem of the sources and forms of law // Bulletin of the University of Perm. **2010**, Issue 2 (8) electronic resource: <http://www.jurvestnik.psu.ru/> (in Russ.).
- [3] Boshno V.A. Form of law: theoretical and legal research: dis. ... Dr. jurid.sciences: 12.00.01.- Moscow, **2005**, 440 p. (in Russ.).
- [4] Hearn K. The Theory of Legal Duties and Rights, L., **1883**, -P.31-32 (in Eng.).
- [5] Berželė J.L. General Theory of Law. M., **2000**, P.97. (in Russ.).
- [6] Taranovsky F.V. Textbook encyclopedia law. St. George, **1917**, p.168. (in Russ.).
- [7] Problems of the general theory of law and state / under obsch.red. V.S.Nersesyantsa, M., **1999**. (in Russ.).
- [8] Alekseev S.S. Right: ABC - theory - philosophy. Experience of complex research. M., **1999**.
- [9] Harris J. Legal Philosophies. London, **1997**, P.156-185(in Eng.).
- [10] Marchenko M.N. Sources of law: Textbooks. M.: TC Welby, Ed. Prospect, **2008**, 760 p. (in Russ.).
- [11] Zarubina M.A. Business-in-law. Economics and Law Journal. **2008**, № 2, P.55-57. (in Russ.).
- [12] Kerimov D.A. Filosofskie rights issues. M., **1972**. (in Russ.).
- [13] Marchenko M.N. State and Law in the context of globalization. Moscow, **2008**. (in Russ.).
- [14] Kartashov V.N. Traditional and modern approaches to understanding the sources of law, Sources of law: Problems of theory and practice. Moscow, **2008**. (in Russ.).
- [15] McLeod I. Legal Theory. L., **1999**, P. 12 (in Eng.).
- [16] Alekseev S.S. Philosophy of law. History and modernity. Problem. Trends. Prospects. M., **1997**, p.28. (in Russ.).
- [17] Legal Encyclopedia / Pod Society. Ed. B.N. Topomino. M., **2001**, P. 785. (in Russ.).
- [18] Hart A. Positivism and the Separation of Law and Morals // Essays in Jurisprudence and Philosophy. L., **198**, P. 260 – 263(in Eng.).
- [19] Osakwe K. Comparative Law: schematic comment: teaching practical manual. M., Jurist, **2008**, 830 p. (in Russ.).
- [20] Garashko A.J. Features of systems sources of law in the Roman-Germanic and Anglo-American legal families [Text] / A. Yu Garashko // Jurisprudence: Problems and Prospects: Proceedings of the international. scientific. Conf. (Perm, March 2012). Perm: Mercury, **2012**, P. 5-8. (in Russ.).
- [21] David R. Principal legal systems of today. Translated from the French doctor jurid. Science prof. Tumanova VA - Moscow: Progress, **1988**, 496 p. (in Russ.).
- [22] Sim R., Pace P. A level English Law. L., **1991**, P.49 (in Eng.).
- [23] Topornin B.N. European law. M., **1998**. (in Russ.).
- [24] Snider F. The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques // Modern Law Review. **1993**, № 19, P. 32; Edward D., Lane R. European Community Law. An Introduction. Edinburgh, **1995**, P. 52; Marchenko M.N., Deryabina E.M. Law of the European Union. Questions of History and Theory. M.: "Prospectus", **2010**, 308 p (in Eng.).
- [25] Henn H. Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. Oxford, **2000**, P. 126-210; Hesselink M. The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe. N.Y., **2002**. P. 11-22 (in Eng.).

Құқықтың қайнар көздері: заманауи заң ғылымдарындағы интерпритациялау мәселелері

Тайторина Б.А., Тусупбекова С.К.

abu2007@bk.ru

Тірек сөздер: құқық, құқық қайнар көздері, құқықтың нысаны, арақатынас, құқықтық отбасы, заң, ерекшеліктер, позитивтік құқық, классификациялау.

Түйін. Құқық қайнар көздерінің өзгешелігі заң ғылымдарының орталық тарауы ретінде құқық нысаны арақатынасымен бірге көрсетіледі. Мақаланың мақсаты – құқық қайнар көздерінің мәселелерінің зерттеу, құқық нысаны және құқық қайнар көздерінің белгілері мен түсінігін анықтаудағы салыстырмалы жаңа методологиялық көзқарастар, олардың арақатынас мәселелері, сонымен қатар бұл категорияны түрлі ұлттық жүйелер, құқықтық отбасылар, халықаралық құқық тұрғысынан қарастыру.

Қазіргі кезеңде зерттеушілерге құқық қайнар көздерінің иерархиясы мен классификациясы, түрлі қайнар көздердің құқықтық табиғатын анықтау, сонымен қатар құқық қайнар көздері түсінігі мен құқық нысаны түсінігінің арақатынас мәселелері аса маңызды болып табылады. Табиғи және позитивтік құқықтың нысаны мен қайнар көздері, романо-германдық қайнар көздердің негізгі түрлері мен классификациялау критерийлері, англо-американдық құқық қайнар көздерінің жүйесіндегі заңның орны мен рөлі, ЕО құқық қайнар көздерінің түсінігі, түрлері мен ерекшеліктері, ЕО мүше мемлекеттерде құқық қорғау қызметінде Еуропалық сот шешімдерінің рөлі сияқты мәселелер өзектеліп отыр.

Taitorina B.A. Doctor of juridical sciences, professor, theory and history of state and law and constitutional law department, juridical faculty, Kazakh national University Named by Abay. Kazakhstan, Almaty.

Sources of law: problems of interpretation in modern jurisprudence

Tusupbekova S.K. Master's of jurisprudence, Doktopal Student Doktor Studi programme of Legal science

Baltik International Academy, Riga, Latvia

Поступила 27.03.2015 г.