

**ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
УГОЛОВНОГО ПРАВА И
УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА**

О. Н. Бибик

**ИСТОЧНИКИ
УГОЛОВНОГО ПРАВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЦЕНТР**

Теория и практика уголовного права и уголовного процесса

Олег Бибик

**Источники уголовного права
Российской Федерации**

«Юридический центр»

2006

Бибик О. Н.

Источники уголовного права Российской Федерации /
О. Н. Бибик — «Юридический центр», 2006 — (Теория и
практика уголовного права и уголовного процесса)

В работе впервые в российской научной литературе предпринята попытка комплексно рассмотреть проблему источников отечественного уголовного права, определить их круг, установить роль и значение факторов, которые влияют на формирование и реализацию уголовно-правовых норм. Формулируется авторское определение понятия источника уголовного права, а также предлагается модель построения системы источников данной отрасли. Содержащиеся в исследовании выводы могут быть использованы в правотворческой и правоприменительной деятельности, в учебном процессе при преподавании дисциплин, предусматривающих изучение отрасли и науки уголовного права. Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, работников законодательных и судебно-следственных органов, а также всех интересующихся проблемами уголовного права.

ББК 67.408

Содержание

Введение	6
Глава 1	8
§ 1. Теоретические основы определения понятия источника права	8
§ 2. Источники норм уголовного права	22
Конец ознакомительного фрагмента.	25

Олег Бирик

Источники уголовного права Российской Федерации

*Моим родителям, Николаю Константиновичу и Надежде
Генриховне, посвящается*

Редакционная коллегия серии «Теория и практика уголовного права и уголовного процесса»

А. И. Бойцов (отв. ред.), Н. И. Мацнев (отв. ред.), Б. В. Волженкин, Ю. Н. Волков, Ю. В. Голик, И. Э. Звечаровский, В. С. Комиссаров, В. П. Коняхин, А. И. Коробеев, Л. Л. Кругликов, С. Ф. Милуков, М. Г. Миненок, А. Н. Попов, М. Н. Становский, А. П. Стуканов, А. Н. Тарбагаев, А. В. Федоров, А. А. Эксархопуло

Рецензенты

Н. И. Пикуров, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Московского городского университета управления Правительства Москвы

В. П. Коняхин, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии Кубанского государственного университета

Введение

Понятие «источник права» является одним из фундаментальных в общей теории права. Данное утверждение справедливо и в отношении понятия источника уголовного права, непосредственно связанного с решением основных теоретических и практических вопросов уголовного права. Формирование неточных подходов к изучению понятия источника уголовного права может повлечь серьезные негативные последствия, в том числе возникновение неверного представления о содержании и порядке реализации уголовно-правовых норм.

Исследование источников уголовного права осложняется тем, что само понятие «источник права» остается в значительной мере неясным, в науке отсутствует общепринятая его трактовка. Как следствие, недостаточно изучено и понятие источника уголовного права¹.

В уголовном праве долгое время господствовала точка зрения, согласно которой единственным источником уголовного права выступал только Уголовный кодекс. В результате основным объектом исследования стал УК, его структура. При этом из поля зрения выпали иные источники, содержащие большое количество норм уголовного права. Между тем есть основания полагать, что УК – основной, но далеко не единственный источник уголовного права.

В настоящее время существуют предпосылки для пересмотра подходов к понятию источника уголовного права. В постсоветский период в России произошли определенные преобразования в социальной, экономической и политической сферах жизни общества. В результате сформировалась качественно новая законодательная база, анализ которой показывает, что перечень источников отечественного уголовного права претерпел изменения.

Современная российская правовая система все больше интегрируется в международную правовую систему, что требует разработки концептуально нового механизма взаимодействия международного и отечественного права, в том числе уголовного, особенно в вопросах, касающихся определения круга его источников.

Следует рассмотреть вопрос о возможности использования в Российской Федерации зарубежного опыта построения системы источников уголовного права, анализ которого показывает, что данная система в основном является многоэлементной.

Подобные выводы позволяют утверждать об объективной необходимости рассмотрения вопроса о расширении перечня источников уголовно-правовых норм.

Отдельные аспекты проблематики источников уголовного права рассматривались в трудах Я. М. Брайнина, М. С. Гринберга, А. В. Грошева, Н. Д. Дурманова, И. И. Карпеца, М. И. Ковалева, Н. М. Кропачева, Л. Л. Кругликова, Н. Ф. Кузнецовой, А. В. Наумова, Н. И. Пикурова, Н. С. Таганцева, М. Д. Шаргородского и др. Данное направление исследований нашло отражение также в научных работах В. П. Коняхина, А. В. Мадьяровой, К. В. Ображиева, С. С. Пирвагидова, Ю. Е. Пудовочкина, Ю. В. Трунцевского, О. Н. Шибкова. При этом следует констатировать, что уровень разработки проблемы источников уголовно-правовых норм, а также факторов, влияющих на формирование и реализацию данных норм, все же недостаточен. Как следствие, в науке уголовного права все еще жив стереотип о наличии единственного источника уголовного права в виде УК. Редкий учебник уголовного права обходится без упоминания этого тезиса и, как правило, вместо главы, посвященной источникам уголовного права, включает в себя главу, именуемую «Уголовный закон». Такой подход приводит не только к неоправданному существенному сужению спектра уголовно-правовых исследований, но и, что

¹ См.: Пудовочкин Ю.Е., Пирвагидов С.С. Понятие, принципы и источники уголовного права: Сравнительно-правовой анализ законодательства России и стран Содружества Независимых Государств. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 12.

самое главное, к искусственному ограничению отрасли уголовного права только лишь указанным выше источником.

С учетом вышеизложенного целью настоящего исследования стало определение понятия источника уголовного права, оптимального варианта построения системы данных источников, установление роли и значения факторов, влияющих на формирование и реализацию уголовно-правовых норм.

Следует особо подчеркнуть, что выводы, содержащиеся в предлагаемой работе, конечно же, не являются аксиоматичными. Динамизм, с которым происходит развитие современной российской правовой системы, позволяет говорить о том, что система источников уголовного права будет претерпевать изменения и в дальнейшем. Поэтому, безусловно, тематика исследований, связанных с источниками уголовного права, не может быть исчерпана настоящей работой. В связи с этим автор надеется, что дискуссия по вопросу об источниках уголовного права будет продолжена.

Глава 1

Понятие источника уголовного права

§ 1. Теоретические основы определения понятия источника права

В целях исследования понятия «источник уголовного права» необходимо установить содержание понятия «источник права». Эта задача в значительной мере осложняется тем, что учеными разработаны разнообразные подходы к понятию источника права. Можно отметить следующие существующие в науке точки зрения.

Прежде всего традиционно выделяются *материальные* и *формальные источники права*, т. е. понятие «источник права» рассматривается в двух аспектах: 1) в широком смысле – как причины и закономерности правообразования, генезиса (происхождения) права;

2) в узком смысле – как способ закрепления и существования норм права, источник, из которого субъект права их черпает².

А. Ю. Калинин и С. А. Комаров отмечают, что понятие «источник (форма) права» понимается в теории права в следующих аспектах: 1) в материальном смысле как экономические, социальные условия жизни общества, определяющие государственную власть и выступающие правообразующей силой общества; 2) в идеологическом смысле как совокупность идей, правового сознания, концепций, политико-правовых воззрений и т. п.; 3) как способ внутренней структуризации и закрепления правовых велений в виде внутренней формы права; 4) в формально-юридическом значении как совокупность способов возведения в закон воли политических сил, стоящих у власти; 5) как источник познания права (исторические памятники права, данные археологии и т. д.)³. Существуют сходные суждения об источниках права, предполагающие отнесение к их числу некоторых из вышеперечисленных явлений⁴.

Под самостоятельными источниками права в науке также предлагается понимать: 1) генетический источник права (способ бытия людей, обусловленный двуединой биосоциальной природой человека); 2) политический источник права (государство); 3) источники происхождения правовых норм в генетическом смысле (нормы морали, религиозные нормы, положения естественного права, заимствованные нормы зарубежного уголовного законодательства, нормы международного права, реалии социально-экономического бытия общества, которые вызывают к жизни уголовно-правовые нормы);

4) нравственные источники права (в основном религиозные);

5) международно-правовые источники права; 6) силы, творящие право (воля Бога, народная воля, правосознание, идея справедливости, государственная власть); 7) материалы, положенные в основу законодательства (например, римское право как источник германского

² См.: Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 6; Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. – М.: Зерцало, 2004. – С. 1; Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть Общая. – Тула: Автограф, 2001. – Т. I. – С. 119, 129; Шаргородский М.Д. Уголовный закон // Избранные работы по уголовному праву. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 120; Юридический энциклопедический словарь. – М., 1984. – С. 133.

³ См.: Калинин А.Ю., Комаров С.А. Форма (источник) права как категория в теории государства и права // Правоведение. – 2000. – № 6. – С. 3.

⁴ См.: Тарановский Ф.В. Энциклопедия права. – СПб.: Лань, 2001. – С. 172; Теория права и государства: Учебник для вузов / Под ред. Г. Н. Манова. – М.: БЕК, 1995. – С. 143; Муромцев Г.И. Источники права (теоретические аспекты проблемы) // Правоведение. – 1992. – № 2. – С. 24–25.

права)⁵. Такое многообразие мнений в основном вызвано различиями в подходах к понятию права как социального регулятора⁶. Но все же, как видим, исследователи при всей оригинальности взглядов зачастую рассматривают в качестве источников права сходные явления.

Обобщение существующих точек зрения на проблему источника права привело ученых к мысли, что под ним понимается: 1) фактор, из которого проистекает право, источник познания права; 2) основа, из которой происходит право; 3) то, что содержит право, под которым понимаются нормы, установленные или закрепленные на определенном этапе господствующим классом; материальные условия жизни общества; 4) форма или способ образования, возникновения и выражения нормы права, то, из чего проистекает обязательная сила нормы права⁷. Между тем такая классификация не в полной мере охватывает всю палитру мнений по проблеме источника права.

Проведенный анализ научной литературы показывает, что в основном в качестве источника права рассматривается: 1) явление, из которого проистекают нормы права, явление, порождающее данные нормы; 2) явление, посредством которого познаются нормы права;

3) явление, посредством и на основе которого создаются нормы права; 4) явление, которое выступает формой выражения норм права и содержит их. Очевидно, что понятие источника права не должно иметь столько значений, его содержание должно быть более ограниченным и функциональным.

Исследование взглядов, касающихся понятия источника права, приводит к мысли, что в одних случаях оно отождествляется собственно с понятием источника (материальные источники права и т. д.), в других – с понятием формы (источник права в формальном, юридическом смысле). Между тем не следует смешивать указанные категории: источник характеризует происхождение явления, его «производящее начало», тогда как форма свидетельствует о способе организации содержания, его внешнем проявлении⁸.

Для выяснения смысла слова «источник» достаточно обратиться к словарю С. И. Ожегова, где под этим понятием предлагается рассматривать то, что дает начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь⁹. Таким образом, источник – явление, которое в рамках причинно-следственных отношений непосредственно порождает другие явления. В связи с этим необходимо признать источниками права все явления, способствующие возникновению нормы права.

Вместе с тем указанный выше подход не в полном объеме отражает специфику понятия «источник права», исходя из его функции в теории права. А. Нашиц отмечает, что существуют две концепции источников права: 1) генетическая, в рамках которой изучаются факторы, служащие причиной появления правовых норм; 2) гносеологическая, ориентирующаяся на вскрытие того, что помогает выявлять правовой характер правил поведения¹⁰. Следует согласиться с данным автором в том, что, наряду с социальными источниками права (реальные источники, источники конструирования права, «данность» права, социологический субстрат нормы и т. д.), существуют также формальные источники права¹¹.

⁵ См.: *Проблемы общей теории права и государства* / Под ред. В. С. Нерсисянца. – М.: Норма, 2001. – С. 265; *Общая теория права и государства* / Под ред. В. В. Лазарева. – М.: Юрист, 2000. – С. 172; *Гурова Т.В.* Актуальные проблемы теории источников права: Дис... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 8, 105; *Уголовный закон. Преступление. Уголовная ответственность* / Отв. ред. И. Я. Козаченко. – Екатеринбург, 1991. – С. 56; *Наумов А.В.* Источники уголовного права // *Уголовное право: новые идеи*. – М., 1994. – С. 4.

⁶ См.: *Калинин А.Ю., Комаров С.А.* Указ. соч. – С. 5; *Улетова Г.Д.* Источники исполнительного права Российской Федерации // *Законодательство*. – 2003. – № 5. – С. 70.

⁷ См.: *Бошно С.В.* Соотношение понятий «источник» и «форма права» // *Юрист*. – 2001. – № 10. – С. 19.

⁸ См.: *Калинин А.Ю., Комаров С.А.* Указ. соч. – С. 4.

⁹ См.: *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / Под ред. Н. Ю. Шведовой. – М., 1988. – С. 209.

¹⁰ См.: *Нашиц А.* Правотворчество. Теория и законодательная техника. – М.: Прогресс, 1974. – С. 8.

¹¹ Там же. – С. 8, 9.

Источник права – понятие, которое должно определяться, прежде всего, с учетом реализуемых им функций. В рамках функционального подхода мы предлагаем таковыми считать установление круга явлений, содержащих нормы права, а также иных явлений, влияющих на формирование и реализацию указанных норм, определяющих их сущность. Следовательно, *под источниками права необходимо понимать: 1) в широком смысле слова – факторы, которые оказывают влияние на формирование и реализацию норм права; 2) в узком смысле слова – явления, в которых содержатся нормы права.*

В качестве источника права вряд ли может рассматриваться явление, которое помогает в познании норм права, содержит информацию о них. Процесс познания норм права требует овладения различной информацией, содержащейся, например, в философии, истории, психологии и т. д. Между тем подобный подход лишает нас возможности в большинстве случаев разграничить источники познания именно права и качественно иных явлений. Придание подобного смысла понятию источника права означало бы необоснованное расширение предмета, которым занимается юридическая наука, за счет других наук.

Тезис о том, что государство является политическим источником права, вызывает у нас сомнение¹². Норма права может быть создана и без участия государства, которое осуществляет только ее санкционирование. Кроме того, государство не является политическим источником права только на том основании, что оно издает нормы права. Издавая нормы права, государство удовлетворяет потребности, возникающие в ходе развития общественных отношений. Как известно, в общественных отношениях, помимо государства, участвуют и другие субъекты, в том числе общественные организации, партии, иные социальные группы, нации, отдельные личности. Структура общественных отношений включает в себя также предмет и социальную связь между субъектами по поводу этого предмета. Несомненно, что и другие структурные единицы общественных отношений оказывают воздействие на формирование и реализацию норм права. Поэтому в данном случае более обоснованным представляется рассматривать общественные отношения в целом как источник права.

Иные виды источников права, выделяемые учеными, могут быть объединены в понятие источника права в широком смысле слова (социальный источник права), поскольку они по-разному выполняют одну и ту же функцию – определяют круг факторов, влияющих на формирование и реализацию норм права.

В науке нет единого мнения и по вопросу о том, что представляют собой источники права в узком смысле слова. По этому поводу существуют следующие основные точки зрения, согласно которым источник права – это:

1) определенная форма (внешняя форма выражения и закрепления нормы права¹³, форма выражения воли (государства, трудящихся, господствующего класса и т. п.), придающая правилам значение норм права¹⁴);

¹² См., напр.: Гурова Т.В. Указ. соч. – С. 8, 105.

¹³ См.: Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсисянца. – С. 265; Боинов С.В. Соотношение понятий «источник» и «форма права» // Юрист. – 2001. – № 10. – С. 16–17; Зивс С.Л. Источники права. – М.: Наука, 1981. – С. 9; Кутафин О.Е. Предмет конституционного права. – М.: Юрист, 2001. – С. 163; Лукашук И.И., Наумов А.В. Международное уголовное право. – М.: Спарк, 1999. – С. 14.

¹⁴ См.: Кутафин О.Е. Указ. соч. – С. 163; Боинов С.В. Указ. соч. – 17, 20; Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М.: Юрид. лит., 1976. – С. 167–169; Шляпников А.С. Толкование советского уголовного закона. – М.: Юрид. лит., 1960. – С. 11; Курс советского уголовного права. – М.: Наука, 1970. – Т. 1. – С. 155; Ковалев М.И. Об источниках уголовного права // Правоведение. – 1975. – № 5. – С. 130. – Необходимо обратить внимание на подход А. Ф. Шебанова, который считает, что существует форма права, т. е. принятые в данном обществе формы выражения нормативной государственной воли правящего класса либо всего народа. В данном случае происходит отождествление понятий «форма права» и «источник права». В науке давно идет дискуссия о соотношении источника и формы права. Вместе с тем указанная проблема не является предметом нашего исследования, и мы будем исходить из определенного тождества указанных понятий (см. об этом: Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 24, 42; Боинов С.В. Указ. соч. – С. 15–22).

- 2) способ признания нормы права в качестве таковой¹⁵;
- 3) нормотворческая деятельность¹⁶;
- 4) содержание соответствующих представлений, представляемые факты, независимо от их действительного бытия, которые способны возбудить в психике позитивно-правовую реакцию, вызвать позитивное право¹⁷;
- 5) единственный «резервуар», в котором пребывают юридические нормы¹⁸.

Высказаны также точки зрения, которые в известной степени учитывают несколько подходов, указанных выше. Так, Н. М. Коркунов под источником права понимал формы объективирования юридических норм, служащие признаками их обязательности в данном обществе и в данное время; при этом общим источником права, по его мнению, все же является субъективный разум¹⁹.

Источник права как понятие предполагает *единство его формального и содержательного аспектов*. В связи с этим важно наличие у источника права не только определенной формы, но и соответствующего содержания, т. е. собственно нормы права. Именно наличие общеобязательного правила поведения делает возможным рассмотрение содержащего его явления в контексте источников права в узком смысле слова²⁰.

Определение перечня источников права через строго заданную форму возможно далеко не всегда. Поэтому вызывает сомнение тезис о том, что норма обретает силу юридической нормы через внешнюю форму²¹. Указанная сила присуща норме права по иным причинам. Норма права является таковой не ввиду соответствия точно установленной форме ее выражения, а в силу реализации ею своей специфической функции – регулирования общественных отношений. Поэтому главным признаком, например, нормативного правового акта как источника права выступает именно его правотворческий характер, который проявляется в установлении норм права²². В связи с этим основанием включения в состав законодательства отдельных актов служит не только форма, но и содержание соответствующих актов²³.

В результате проведенного нами анкетирования²⁴ было установлено, что большинство опрошенных считают главным признаком источника права не соответствие его какой-либо определенной форме, а фактическое применение данного источника на практике при регулировании общественных отношений, обеспеченное государственным принуждением, т. е. наличие в данном источнике собственно норм права (62,5 % опрошенных – работники государственной власти Омской области; 75,0 % – судьи; 60,0 % – научные работники).

Анализ формального и содержательного аспектов в понятии источника права может осуществляться с использованием диалектического метода. Содержание является определяющей стороной целого, представляет единство всех составных элементов объекта, его свойств, внутренних процессов, связей, противоречий, тенденций. Форма есть способ существования и

¹⁵ См.: *Муромцев Г.И.* Указ. соч. – С. 30; *Шаргородский М.Д.* Указ. соч. – С. 119.

¹⁶ См.: *Боино С.В.* Указ. соч. – С. 21; *Кибальник А.Г.* Современное международное уголовное право. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 42.

¹⁷ См.: *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 2000. – С. 413–414.

¹⁸ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права: В 2 т. – М.: Юрид. лит., 1981. – Т. I. – С. 315; *Гранат Н.Л.* Указ. соч. – С. 6.

¹⁹ См.: *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. – С. 343–345.

²⁰ См., напр.: *Петражицкий Л.И.* Указ. соч. – С. 426; *Боино С.В.* Указ. соч. – С. 17; *Кибальник А.Г.* Указ. соч. – С. 43.

²¹ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права: В 2 т. – М.: Юрид. лит., 1982. – Т. II. – С. 36.

²² См.: *Гусев Д.В.* Законодательство Российской Федерации: понятие и система в условиях постсоветского развития российской государственности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Омск, 2003. – С. 9.

²³ Там же. – С. 14.

²⁴ В процессе исследования нами были опрошены по специально разработанной анкете 120 человек, по 40 человек из следующих трех категорий: работники органов законодательной и исполнительной власти Омской области, участвующие в подготовке проектов нормативных правовых актов; судьи, работающие в системе федеральных судов общей юрисдикции; научные работники, занимающиеся проблемами теории права.

выражения содержания. Анализируя борьбу содержания и формы, классики марксизма, с которыми в данном случае следует согласиться, подчеркивали, что противоречия между формой и содержанием могут привести к полному отказу от старой формы, которая перестала соответствовать новому содержанию; при этом новое содержание «может и должно проявить себя в любой форме, и новой и старой, может и должно переродить, победить, подчинить себе все формы, не только новые, но и старые....»²⁵. Поэтому логично, что форма проявления права часто не совпадает с ритмом его изменений, опережает либо отстает от него²⁶. Это актуально для заранее установленных форм выражения правовых норм.

Вывод о том, что определенное явление необходимо рассматривать в качестве источника права, можно делать только после установления в его содержании норм права. Следует согласиться с мнением В. П. Коняхина, о том, что «значение той или иной нормы зависит главным образом от содержания и только во вторую очередь от формы ее внешнего выражения»²⁷. В противном случае, не исследуя критически содержание, мы можем получить искаженное представление о явлении и будем не в состоянии познать его истинную природу²⁸.

Преобладающее значение формы права позволило бы немотивированно относить к его источникам те явления, которые не содержат норм права. Поэтому более обоснованно, на наш взгляд, осуществлять анализ, прежде всего, содержательного аспекта соответствующего явления, который должен рассматриваться как определяющий. Примером определяющей роли содержания по отношению к форме в уголовном праве служат постановления Государственной Думы Федерального Собрания РФ об объявлении амнистии. Указанные акты формально не предусмотрены как возможные источники уголовно-правовых норм, и все же они являются таковыми. И данный пример не единичен. В праве нередко возникают ситуации, в которых источниками права признаются явления, не отвечающие определенным формальным признакам²⁹. В § 1 главы 2 настоящего исследования мы более подробно рассмотрим возможность отнесения постановлений Государственной Думы Федерального Собрания РФ об объявлении амнистии и иных нормативных правовых актов к числу источников уголовного права, которые формально, в соответствии с УК РФ, не могут быть признаны таковыми.

На основании вышеизложенного можно сделать следующий вывод: нельзя посредством заранее установленных требований к форме права устранить потребность общества в иных источниках права. Если существует такая потребность, значит, нужно ее учитывать и по возможности удовлетворять. Показательный пример – постановления Пленума Верховного Суда РФ. Невключение указанных актов в число источников уголовного права не вполне обосновывается потребностями общества, социальной (общественной) практики, в том числе правоприменительной, и может рассматриваться как отрыв теории от практики³⁰.

Потребность в источниках права можно ограничивать лишь в известных пределах, с учетом наличия реальной возможности обеспечить соблюдение данного ограничения. Следует иметь в виду, что ограничение перечня источников права путем формального его закрепления не всегда может быть реализовано на практике. Так, на момент существования Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. фактически нормативные правовые акты по вопросам уголовного права принимали Президиум Верховного Совета СССР и президиумы Верховных Советов союзных республик «в виде указов, издаваемых в период

²⁵ *Философский энциклопедический словарь*. – 2-е изд. – М.: Советская энциклопедия, 1989. – С. 595–596.

²⁶ См.: *Касьянов В.В., Нещипуренко В.Н.* Социология права. – Ростов н/Д: Феникс, 2001. – С. 174–175.

²⁷ *Коняхин В.П.* Источники уголовно-правовых норм Общей части // *Правоведение*. – 1988. – № 1. – С. 40.

²⁸ См. об этом, напр.: *Разумович Н.Н.* Источники и форма права // *Сов. гос-во и право*. – 1988. – № 3. – С. 24–25.

²⁹ Так, ученые указывают на наличие правовых актов, формально не могущих содержать норм права, но фактически являющихся нормативными и включающихся в состав законодательства (см. об этом, напр.: *Гусев Д.В.* Указ. соч. – С. 81–82).

³⁰ См.: *Мадьярова А.В.* Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 14.

между сессиями Верховных Советов с обязательным последующим их утверждением на очередных сессиях Верховных Советов»³¹. При этом сами Основы не предусматривали принятия таких актов в рамках уголовного законодательства, состоящего из союзных и республиканских законов.

Роль формы в понятии источника права во многом связана с реализацией политики государства в сфере нормотворчества. Определяя заранее конкретные формы выражения норм права, государство стремится упорядочить правовое регулирование, но не может при этом исключить возможности появления иных источников указанных норм. Следует согласиться с мнением А. В. Мадьяровой, согласно которому «фактор соблюдения формы правоустановления должен влиять на оценку не сущности деятельности, а ее правомерности»³².

Источник права может признаваться в качестве такового не формально, т. е. путем прямого указания на конкретную форму его выражения, как это сделано, например, в ст. 1 УК РФ, а фактически, исходя из практики государственных органов, издающих или применяющих соответствующие нормы права. Примеры тому есть в истории. Так, в свое время в римском праве появилось преторское право в силу принадлежащей претору власти с учетом того, что указанное право не было санкционировано, а правотворческие функции претора вовсе формально отрицались³³.

В связи с этим уместно рассматривать такой феномен, как фактические источники права, признаваемые в практике государственных органов. К подобным источникам, в том числе в уголовном праве, ранее предлагалось относить судебный прецедент, руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда СССР, решения по конкретным делам вышестоящих инстанций³⁴. Не все указанные явления могут претендовать на данный статус. Все же вполне обоснованно сегодня рассматривается вопрос о признании в качестве источников права постановлений Пленума Верховного Суда, которые «*de facto* выполняют функцию источника права, являясь самостоятельными нормоустанавливающими правовыми актами»³⁵. В данном случае фактическое признание в качестве источника права имеет такое же значение, как и формальное его санкционирование.

В науке существуют и другие позиции, по которым источниками права предлагается считать явления, официально не признанные таковыми, но используемые на практике (правосознание, принципы права, программное право, право юридической экспертизы)³⁶. Так называемое фактическое правотворчество встречает подчас обоснованную критику, поскольку не поддерживается государством³⁷.

³¹ Курс советского уголовного права. (Часть Общая). – Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. – Т. 1. – С. 47.

³² В приведенном данным автором примере Верховный Суд РФ рассмотрел правовой акт «как нормативный правовой акт, в полном смысле слова только исходя из его содержания, невзирая на формальную сторону вопроса», невзирая на несоблюдение Центральным банком РФ требований к форме правового акта (см.: Мадьярова А.В. Указ. соч. – С. 51, 79). К подобным выводам судебные органы пришли и в ряде других аналогичных случаев (см., напр.: решение Верховного Суда РФ от 9 сентября 1998 года № ГКПИ 98-394 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1999. – № 3. – С. 7–9; решение Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 1998 года № ГКПИ 98-646 (документ опубликован не был, размещен в справочной правовой системе «Консультант-Плюс»).

³³ См.: Ткешеладзе Г.Т. Судебная практика и уголовный закон. – Тбилиси, 1975. – С. 20–21.

³⁴ См.: Явич Л.С. Общая теория права. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. – С. 78–80; Черданцев А.Ф. Толкование советского права. – М.: Юрид. лит., 1979. – С. 145; Ковалев М.И. Советское уголовное право: Курс лекций. – Свердловск, 1974. – Вып. 2. – С. 36; Наумов А.В. Судебный прецедент как источник уголовного права // Российская юстиция. – 1994. – № 1. – С. 9; Уголовное право. Общая часть: Учебник. – М.: Спарк, 1996. – С. 62–63.

³⁵ Мадьярова А.В. Указ. соч. – С. 241.

³⁶ См.: Бошино С.В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. – 2003. – № 1. – С. 83–91.

³⁷ См., напр.: Кленова Т.В. Принципы уголовного права и принципы кодификации в уголовном праве // Гос-во и право. – 1997. – № 1. – С. 55–56.

Феномен фактических источников права объясняется такими объективными свойствами нормы права, как ее социальность, коллективность и обязательность. Раскрывая эти понятия, Л. О. Мурашко отмечает, что норма социальна, поскольку ее соблюдение обеспечивается обществом, заинтересованным в обязательности предъявляемого требования, основой которого выступает природная или социальная необходимость. По мнению данного автора, коллективизм в норме выражается через коллективные представления о должном, коллективная деятельность обуславливает обязательность норм для соответствующего коллектива³⁸. Не случайно в словаре русского языка норма определяется как обычный, общепринятый, обязательный порядок, состояние чего-либо³⁹.

Таким образом, признание, например, такого источника права, как постановления Пленума Верховного Суда, при достаточном наличии прочих аргументов необходимо связывать с коллективным представлением судей о правильных подходах к разрешению юридических дел, которое обязывает всех судей следовать установленной судебским корпусом практике. Подобные выводы вполне обоснованны с точки зрения как социологии, так и теории права⁴⁰.

Наличие фактических источников права тесно связано с психологией человека, поскольку особенностью его поведения является ориентация в рамках данного поведения в основном на свои потребности, в том числе и при рассмотрении вопроса о признании неких явлений источниками права⁴¹.

На основании вышеизложенного *можно разделить источники права по способу их признания государством на следующие виды: 1) формальные, заранее определяемые в качестве таковых государством, де-юре признаваемые им, соответствующие некоей заранее установленной, требуемой форме; 2) фактические, де-факто признаваемые государством, используемые в практике государственных органов.*

Практика государственных органов способна существенно повлиять на правовой статус соответствующих явлений. М. С. Гринберг пишет: «Закон сам по себе не стоит ничего, ибо не может самореализоваться вне действий властных структур, применяющих его, а тем более в условиях их противодействия, часто выливающегося в сужение пределов уголовного и иного закона»⁴². А. Ф. Шебанов справедливо полагает, что нормы права являются таковыми не

³⁸ См.: Мурашко Л.О. Начальные виды социальной нормативности // Журнал российского права. – 2002. – № 2. – С. 87, 91.

³⁹ См.: Словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. А.П. Евгеньевой. – 3-е изд., стереотип. – М.: Русский язык, 1986. – Т. 2. – С. 508.

⁴⁰ В социологии отмечается, что содержание социальных норм выводится, прежде всего, из реального поведения индивидов и социальных групп. Реальность существования указанных норм – сфера повседневного поведения людей, различных видов социального взаимодействия. Таким образом, признание явления в качестве источника права, выражающееся в соответствующем поведении уполномоченных государственных органов, также следует рассматривать как санкционирование социальной нормы. Кроме того, социологами сделаны выводы о том, что существуют социальные нормы, которые по своей природе и регулятивным свойствам носят правовой характер, но в силу разных причин не санкционированы законодателем и не облечены в форму закона. Подобная ситуация, по их мнению, свойственна таким обществам, как современная Россия, переживающим переходный период, в котором законодатель не успевает за процессом нормообразования. Поэтому есть все основания согласиться с Е. А. Лукашевой в том, что нормативность общественных отношений является объективной и формируется в процессе социальной деятельности людей. Аналогичной точки зрения придерживаются В. П. Казимирчук и В. Н. Кудрявцев, которые полагают, что существуют фактические социальные нормы, объективно складывающиеся в общественной практике в результате социальной саморегуляции (см. об этом: Российская социологическая энциклопедия / Под общ. ред. Г. В. Осипова. – М.: Норма-Инфра-М, 1998. – С. 321; Рабочая книга социолога / Под общ. ред. Г. В. Осипова. – М.: Едиториал УРСС, 2003. – С. 15; Лапаева В.В. Социология права / Под ред. В. С. Нерсисянца. – М.: Норма, 2000. – С. 179; Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. – М.: Наука, 1986. – С. 14; Казимирчук В.П., Кудрявцев В.Н. Современная социология права. – М.: Юрист, 1995. – С. 45).

⁴¹ Например, по мнению Л. И. Петражицкого, обычное право есть право, «которое, не будучи установлено законом (или государством), фактически соблюдается». Роль государства в этом процессе в общем-то не является решающей. Автор отмечает случаи, когда составленные кем-либо, в том числе частным лицом, сборники правовых изречений приобретают нормативное значение именно в правовой жизни (см.: Петражицкий Л.И. Указ. соч. – С. 458).

⁴² Гринберг М.С. Пределы принуждения (уголовно-правовой аспект) // Гос-во и право. – 1999. – № 4. – С. 41.

потому, что они стали результатом правотворческой деятельности, а потому, что государство обеспечило их выполнение своей принудительной силой⁴³.

В связи с этим источниками права следует признавать все то, что фактически содержит нормы права. Если государство формально не признает явление в качестве источника права, но фактически обеспечивает реализацию содержащихся в нем норм, данное явление все же следует рассматривать как источник права. Этот вывод вполне может быть применим и в рамках конкретной отрасли права, в том числе в уголовном праве. Так, соответствующее явление, например Конституция РФ, формально не признается в качестве источника норм уголовного права, но наличие в ней указанных норм позволяет относить данный правовой акт к числу фактических источников уголовного права.

Возможность существования фактических источников права напрямую вытекает из понятия нормы права. В науке нормой права признается правило поведения, установленное или признанное государством, обеспеченное возможностью государственного принуждения, регулирующие общественные отношения⁴⁴. При этом не оговаривается, в какой форме государство может признавать норму права. Поэтому не следует формой права ограничивать его содержание, что было бы искусственным и неоправданным. А. Ф. Шебанов по этому поводу пишет: «Существенная связь между внешней формой и содержанием права заключается также в определяющей роли содержания. Именно содержание обуславливает в первую очередь социальную эффективность воздействия права на общественное развитие»⁴⁵. Указанный автор обоснованно отмечает, что «форма права сама по себе еще не создает его общеобязательности», которая создается именно государством⁴⁶.

Доказательством отнесения определенного явления к источникам норм права служит в основном судебная практика, поскольку суд – единственный орган государственной власти, который в спорных ситуациях уполномочен определить природу соответствующего явления. Что обязательно для суда, то обязательно, по сути, для всех. Не случайно Б. А. Кистяковский заметил: «Суд есть то учреждение, в котором, прежде всего, констатируется и устанавливается право»⁴⁷. Нормой права становится все то, что берет под свою защиту государство, в том числе суд⁴⁸.

Форма права не может предопределить вопрос об отнесении явления к числу источников права. Облеченное в требуемую форму положение зачастую оказывается ненормативным, поскольку не в состоянии реализовывать регулятивную функцию, присущую норме права. Этот факт исключает возможность отнесения подобных положений к социальным, в том числе правовым, нормам⁴⁹.

Таким образом, следует признать, что *источниками права в формальном (юридическом) смысле выступают только те явления, которые включают в себя нормы права*.

Далее мы переходим к рассмотрению социальных источников права, которым уделяется не так много внимания в общей теории права⁵⁰. Указанная разновидность источников имеет

⁴³ См.: Шебанов А.Ф. Указ. соч. – С. 38.

⁴⁴ См.: Венгеров А.Б. Теория государства и права. – М.: Новый юрист, 1998. – С. 430; Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. – Т. II. – С. 31–32.

⁴⁵ Шебанов А.Ф. Указ. соч. – С. 26–27.

⁴⁶ Там же. – С. 31.

⁴⁷ Кистяковский Б.А. Философия и социология права. – СПб.: РХГИ, 1999. – С. 373.

⁴⁸ Л. С. Явич справедливо заметил, что источниками права могут выступать и труды ученых-юристов, а также религиозные нормы, если они подтверждены юрисдикционными органами светской власти (см.: Явич Л.С. Указ. соч. – С. 116).

⁴⁹ См.: Кистяковский Б.А. Указ. соч. – С. 187; Кудрявцев В.Н. Социальные деформации (причины, механизмы и пути преодоления). – М., 1992. – С. 12–13, 48–49.

⁵⁰ Указанная разновидность источников имеет несколько наименований: «материальный источник права», «социальный источник права» и т. д. Вопрос о терминологии не является принципиальным в данном случае. Поэтому далее в качестве обозначения такого вида источников мы будем пользоваться понятием социального источника права.

большое значение, в том числе применительно к уголовному праву⁵¹. Следует констатировать отсутствие единства мнений по вопросу об определении понятия социального источника права.

Одни авторы отождествляют указанные источники с *субъективными представлениями*⁵².

Другие ученые полагают, что социальными источниками права являются *общественные отношения*⁵³. Указанная позиция, как нам представляется, вытекает и из конституционных положений. В соответствии с ч. 1, 2 ст. 3 Конституции РФ носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ, который осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления. В социологическом аспекте понятию «народ» тождественно понятие «общество». Поскольку норма права санкционируется или устанавливается государственной властью, следует рассматривать ее как проистекающую из общественных отношений.

Третья группа авторов под социальными источниками права понимает *условия жизни общества* как социальные факты, определяющие появление и действие права⁵⁴.

Наконец, четвертая точка зрения заключается в том, что к указанным источникам следует относить *факторы, влияющие на право-образование*. Так, А. Нашиц предлагает понимать под социальным источником права совокупность факторов, которые, будучи внешними по отношению к праворегулирующей деятельности и предваряющими ее, ориентируют эту деятельность, ограничивают действия законодателя определенными рамками, придают этой деятельности научный характер, обуславливают и детерминируют основные элементы будущих правовых норм⁵⁵. А. Нашиц выделяет следующие правообразующие факторы, именуя их социальными источниками позитивного права: 1) естественную среду, в которой протекает бытие человека; 2) социально-экономическую, политическую и идеологическую среду; 3) человеческий фактор⁵⁶. Сходной позиции придерживаются и другие ученые⁵⁷.

На наш взгляд, есть основания для отождествления выделенных учеными условий жизни общества и факторов, влияющих на право-образование.

Общественные отношения выражают только динамическую сторону процесса правообразования, тогда как существуют и иные явления, влияющие на него. Безусловно, объекты, находящиеся вне рамок общественных отношений, также оказывают влияние на формирование норм права.

Признание социальными источниками права только субъективных представлений существенно ограничило бы нас в исследовании понятия «источник права», поскольку субъекты правотворчества подвергаются воздействию как субъективных, так и объективных факторов. Вместе с тем мы не можем согласиться в полной мере и с авторами, которые рассматривают в качестве социальных источников права только явления материального мира⁵⁸. Социальные

⁵¹ См.: Наумов А.В. Форма уголовного закона и ее социальная обусловленность // Проблемы совершенствования уголовного закона. – М., 1984. – С. 18, 27; Кулыгин В.В. Этнокультура уголовного права: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Владивосток, 2003. – С. 32.

⁵² См.: Тарановский Ф.В. Указ. соч. – С. 171.

⁵³ См., напр.: Явич Л.С. Указ. соч. – С. 78–79, 81, 112; Кудрявцев В.Н. Закон, поступок, ответственность. – М.: Наука, 1986. – С. 98; Разумович Н.Н. Указ. соч. – С. 20; Лукашева Е.А. Указ. соч. – С. 14.

⁵⁴ См.: Гранат Н.Л. Указ. соч. – С. 6; Алексеев С.С. Теория права. – Харьков: БЕК, 1994. – С. 42.

⁵⁵ См.: Нашиц А. Указ. соч. – С. 9–10.

⁵⁶ См.: Там же. С. 36–75.

⁵⁷ См.: Бабосов Е.М. Прикладная социология: Учебное пособие для студентов вузов. – Минск: ТетраСистемс, 2001. – С. 197–198; Спиридонов Л.И. Теория государства и права: Учебник. – М., 1995. – С. 138, 147; Явич Л.С. Указ. соч. – С. 150, 152–153.

⁵⁸ См.: Зивс С.Л. Указ. соч. – С. 22.

источники права включают не только явления материального мира, но и психические процессы, происходящие в человеческом сознании, иные субъективные факторы, влияющие на правотворческий процесс и играющие определенную роль в процессе реализации права. Значение этих процессов уже давно признано в правовой науке⁵⁹. Л. И. Петражицкий, О. Холмс, представители американской школы правового реализма совершенно справедливо обращали внимание на роль подсознания и других субъективных составляющих в процессе формирования и реализации норм права⁶⁰.

И действительно, обратившись к психологии и общей теории права, мы констатируем, что право как явление, формируемое в результате деятельности человека, подвергается воздействию всех тех факторов, которые влияют на поведение человека⁶¹. В связи с этим не вызывает сомнения тезис о том, что юридические нормы являются субъективными по своему содержанию, зависят от таких факторов, как наклонности, теоретические взгляды, религиозные убеждения, нравы, опыт и т. п.⁶² Не следует недооценивать субъективные элементы, напрямую влияющие на формирование и реализацию правовых норм, в том числе во многом определяющие содержание оценочных понятий в уголовном праве, на что уже обращалось внимание в науке⁶³.

Значение социальных источников права проявляется в применении отдельных способов толкования норм права. Так, при использовании исторического способа толкования устанавливается смысл норм права, исходя из условий их возникновения. Такой способ предполагает установление социально-политического смысла нормы, выяснение социально-политической обстановки, сложившейся на момент ее толкования⁶⁴. Это позволяет говорить о том, что соответствующие социально-политические факторы первоначально выступили в качестве социальных источников права.

Таким образом, социальные источники права – это *факторы, влияющие на возникновение правовых норм, определяющие их содержание как в момент создания (правотворчества), так и в момент реализации указанных норм*. Социальные источники права оказывают влияние на субъектов, участвующих в процессе создания и реализации норм права, формируя у них перспективно либо ретроспективно представление о норме права, ее содержании. Указанная взаимосвязь непременно должна учитываться при анализе содержания норм права.

Норма права – это стандарт социально одобряемого поведения, который первоначально формируется, как правило, в рамках норм иных социальных регуляторов и, прежде всего, в различных источниках религиозных и моральных норм. Изменение этих «материнских» социальных норм, социальных источников права, влечет изменение и содержания «дочерних» правовых норм. Указанная взаимосвязь имеет большое значение для правового регулирования. Так, ученые отмечают, что в отдельных случаях суды приспособливают закон к изменившимся

⁵⁹ См., напр.: Явич Л.С. Указ. соч. – С. 60; Наишиц А. Указ. соч. – С. 12.

⁶⁰ См.: История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. – М.: Норма, 2001. – С. 397–398, 687; Графский В. Г. Всеобщая история права и государства: Учебник для вузов. – М.: Норма, 2001. – С. 16.

⁶¹ Правотворческую функцию, осуществляемую человеком, можно рассматривать под углом зрения особенностей его поведения. Источником поведения являются потребности живого существа, а поведение человека также всегда общественно обусловлено. В психологии указываются такие детерминанты поведения человека, как его собственные потребности, интересы и нужды, потребности, интересы и нужды других людей, система ценностей человека, природные (биологические) начала в человеке. См. об этом: Психологический словарь / Под ред. В. В. Давыдова, А. В. Запорожца, Б. Ф. Ломова и др. – М., 1983. – С. 260; Введение в психологию / Под общ. ред. А.В. Петровского. – М., 1996. – С. 259–262; Психология личности: Хрестоматия. – Самара, 1999. – Т. 1. – С. 76; Психология личности: Хрестоматия. – Самара, 1999. – Т. 2. – С. 76, 145, 228.

⁶² См.: Коркунов Н.М. Указ. соч. – С. 56, 336; Гранат Н.Л. Указ. соч. – С. 6.

⁶³ См., напр.: Сырых В.М. Логические основания общей теории права: В 2 т. – М., 2000. – Т. 1. – С. 73, 149; Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. – М.: Юристъ, 1999. – С. 118; Гаухман Л.Д. Квалификация преступлений: закон, теория, практика. – М.: ЦентрЮрИнфоР, 2001. – С. 54–55; Ковалев М.И. Советское уголовное право. – С. 21.

⁶⁴ См.: Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 86–94; Черданцев А.Ф. Указ. соч. – С. 82–85.

обстоятельствам, не предусмотренным законодателем⁶⁵. Но нередко изменившиеся социальные источники права делают невозможной реализацию отдельных норм права.

А. В. Малько по этому поводу пишет: «Социальные интересы не только вызывают к жизни нормы права, но и “опровергают” некоторые из них»⁶⁶.

Как известно, право имеет общее с другими социальными регуляторами родовое начало. Следовательно, источник права должен также иметь определенное социальное содержание, что предопределено его генетическими особенностями, ведь зачастую правовым предписаниям предшествуют уже сложившиеся в жизни иные социальные нормы⁶⁷. Подобное суждение актуально и для уголовного права⁶⁸. Можно привести немало примеров, которые касаются закрепления в уголовном праве запретов, являвшихся ранее религиозными, моральными (например, запрет на кражу, дачу ложных свидетельских показаний, оскорбление, клевету и т. д.). Это объективно сложившаяся практика регулирования общественных отношений. С. С. Алексеев отмечает, что в процессе «расщепления» мононорм запреты воплощаются в нормах морали, морально-религиозных нормах, отсюда они воздействуют на общественную жизнь и таким образом «воспринимаются правом». В связи с этим, по его мнению, при формировании и развитии права «ближайшим источником юридического регулирования» выступают мораль и религия⁶⁹.

Право как явление культуры не может рассматриваться в отрыве от своих культурных основ. А. В. Бутаков обоснованно отмечает, что культурологический метод играет универсальную роль в системе методов социального нормирования, служит первоосновой существования и развития других аналогичных методов, обеспечивает социальный контроль над всем нормотворчеством. В случае, «когда... норма права по определенным параметрам не соответствует требованиям уже существующих культурных универсалий, метод превращается в некий “фильтр” на пути проникновения такой нормы в социальное пространство». При этом культурное пространство рассматривается им как основание для функционирования и репродукции каждого из видов человеческой деятельности, а значит, и соответствующего пространства, выступает как маточное пространство, нормы которого являются «тем воском, посредством которого создаются нормы различных видов человеческой деятельности»⁷⁰. Таким образом, все виды человеческой деятельности, в том числе правотворчество, можно рассматривать как виды культурной деятельности человека. Сходные суждения высказывают и другие авторы⁷¹.

Явления, содержащие социальные нормы, рассматриваются как источники права также вследствие институциональных начал в социально-нормативном регулировании. Поскольку правовые нормы выступают разновидностью норм вообще, им присущи общие для всех норм свойства⁷². Необходимость институциональной трактовки права как социального нормативного регулятора уже обосновывалась в научной литературе⁷³. Если исходить из того, что право есть только вид социальных регуляторов, наряду с моралью, религией, политикой, иными социальными регуляторами, то необходимо констатировать, что право нельзя рассматривать

⁶⁵ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 2003. – С. 88–90.

⁶⁶ Малько А.В. Законные интересы советских граждан: Дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 1985. – С. 27.

⁶⁷ См.: Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: норма и патология. – М., 1982. – С. 17–18.

⁶⁸ См., напр.: Стромиллова Н.П. Развитие норм об уголовной ответственности за убийство // История гос-ва и права. – 2002. – № 6. – С. 30, 34.

⁶⁹ См.: Алексеев С.С. Теория права. – С. 42.

⁷⁰ Бутаков А.В. Нормативный структурализм и современное Российское государство: Методологическое исследование. – Омск: ОмГУ, 1996. – С. 1819, 23.

⁷¹ См., напр.: Лукашева Е.А. Указ. соч. – С. 3.

⁷² См.: Кудрявцев Ю.В. Нормы права как социальная информация. – М.: Юрид. лит., 1981. – С. 62.

⁷³ См.: Алексеев С.С. Теория права. – С. 66–68.

в отрыве от данных регуляторов, поскольку они именно в своей системе совместно, а не по отдельности, реализуют свои функции. В данном случае право представляется как видовое понятие, а родовым является именно социальная нормативная система (существуют также понятия «система нормативного регулирования», «система нормативной культуры», «нормативная система культуры» и т. п.)⁷⁴. В указанной системе правовые нормы активно взаимодействуют с иными социальными нормами⁷⁵. В результате такого взаимодействия правовые и иные социальные нормы становятся тесно взаимосвязанными между собой, в том числе и по содержанию.

Содержание нормы права определяется не только правом, но и иными явлениями. Это вытекает из природы нормы права как разновидности норм вообще, имеющих стандартное (шаблонное) содержание⁷⁶. В норме права как определенном шаблоне невозможно предусмотреть все заблаговременно⁷⁷. Процесс правотворчества, который в основном осуществляется посредством восхождения от конкретного к абстрактному, не в состоянии охватить всего многообразия общественных отношений, поэтому затрагивает лишь наиболее существенные их черты⁷⁸. Норма права в силу своей природы не может содержать абсолютно все признаки социально полезного поведения. Поэтому при применении правовая норма вступает во взаимодействие с иными социальными нормами, включающимися в таком случае опосредованно в правовое регулирование. Такая практика существовала еще на заре цивилизации, когда с появлением права «источник права... играл роль своего рода моста, соединяющего традиционные нормы с потребностями развития общества»⁷⁹. Подобный подход пока еще применяется законодателем, например, при регулировании уголовно-правовых отношений посредством использования оценочных понятий в уголовном законодательстве, отсылающих часто к нормам иных социальных регуляторов, определяющим их содержание (например, понятия «особая жестокость» в п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ, «аморальное поведение потерпевшего» в ч. 1 ст. 107 УК РФ и т. д.).

В рамках взаимодействия между правом и иными социальными регуляторами праву не всегда принадлежит ведущая роль. Неправовые социальные нормы имеют также большое значение. Далеко не везде право в системе социального регулирования занимает ведущую позицию. Например, в странах Дальнего Востока (Китай, Япония и др.) право вовсе играет незначительную роль, дополняя мораль и философскую доктрину⁸⁰.

В науке существуют различные точки зрения на проблему классификации указанных социальных регуляторов⁸¹. В основном выделяются следующие виды социальных норм: 1) правовые; 2) моральные (нравственные); 3) обычаи; 4) нормы общественных организаций, кор-

⁷⁴ Там же. – С. 68. См. также: *Нижецек В.И.* Советское право в системе нормативного регулирования социалистических общественных отношений. – Иркутск, 1973. – С. 123; *Кравченко А.И.* Культурология. – М.: Академический Проект; Трикта, 2003. – С. 93, 108; *Фролов С.С.* Социология: Учебник. – М.: Гардарики, 1999. – С. 42.

⁷⁵ См.: *Лукашева Е.А.* Указ. соч. – С. 70; *Нижецек В.И.* Указ. соч. – С. 98, 100; *Сырых В.М.* Теория государства и права. – М.: Юридический дом «Юстиц-информ», 2001. – С. 105.

⁷⁶ См.: *Фролов С.С.* Указ. соч. – С. 42; *Нижецек В.И.* Указ. соч. – С. 74; *Джери Д., Джерри Д.* Большой толковый социологический словарь. – М.: Вече-Аст, 1999. – Т. 1. – С. 493; *История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Под общ. ред. проф. В. С. Нерсисянца.* – М.: Норма, 2001. – С. 616617.

⁷⁷ См.: *Касьянов В.В., Нечипуренко В.Н.* Указ. соч. – С. 207; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. – С. 83; *Ткешелидзе Г.Т.* Указ. соч. – С. 9.

⁷⁸ См.: *Спиридонов Л.И.* Социология уголовного права. – М.: Юрид. лит., 1986. – С. 94; *Черданцев А.Ф.* Указ. соч. – С. 30; *Першина И.В.* Интерес в праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2002. – С. 29.

⁷⁹ *Теория права и государства: Учебник для вузов / Под ред. Г. Н. Манова.* – М.: БЕК, 1995. – С. 148.

⁸⁰ См.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. – С. 354–377.

⁸¹ См.: *Тараповский Ф.В.* Указ. соч. – С. 66–68; *Карбонье Ж.* Юридическая социология. – М.: Прогресс, 1986. – С. 155; *Нижецек В.И.* Указ. соч. – С. 76–77; *Алексеев С.С.* Общая теория права: В 2 т. – Т. I. – С. 178–179; *Сырых В.М.* Теория государства и права. – С. 95; *Головкин Р.Б.* Право в системе нормативного регулирования современного российского общества: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 1998. – С. 14.

поративные нормы; 5) религиозные нормы; 6) политические нормы⁸². Названные социальные нормы оказывают большое влияние на формирование и реализацию правовых норм.

Прежде всего нормы права всегда были и остаются тесно связанными с религиозными нормами⁸³. Религиозные тексты стали, по сути, одними из первых письменных источников права⁸⁴. Значение религиозных норм сейчас особенно заметно в религиозных правовых системах, в которых источниками права являются в основном религиозные источники⁸⁵. Но велика роль указанных норм и в континентальной правовой семье, к которой принадлежит Россия. Право, в том числе уголовное, тесно связано с нормами христианской религии, а также ислама⁸⁶. Нормы права «находят в религии нравственные опоры»⁸⁷. Именно такие «опоры» и должны рассматриваться как разновидность социальных источников права, которые, безусловно, оказывают на него различное влияние⁸⁸. Нередко религиозные нормы используются при создании правовых, в том числе уголовно-правовых, норм. Так, общеизвестно, что основные религии мира содержат запрет на совершение таких деяний, как убийство, кража, клевета, которые одновременно запрещены и в уголовном праве (например, ст. 105, 129, 158 УК РФ).

Моральные нормы также находятся в тесной взаимосвязи с правовыми нормами. Так, в книге первой Дигест Юстиниана записано изречение римского юриста Ульпиана: «Юриспруденция есть познание божественных и человеческих дел, наука о справедливом и несправедливом»⁸⁹. Большое значение морали в социальном регулировании и ее тесная связь с правом являются общепризнанными. Ученые справедливо отмечают, что право во многом обосновано именно моралью, данные социальные регуляторы имеют общие существенные признаки, определяемые единой сферой общественных отношений, единое функциональное назначение как регуляторы общественных отношений, единые структурные элементы, единую категорию справедливости и т. д.⁹⁰

Право закрепляет, охраняет, защищает от нарушений моральные нормы, которые признаются и разделяются всем обществом или большей его частью⁹¹. В результате правовые нормы становятся взаимоувязанными с охраняемыми моральными нормами. В связи с этим определенную часть норм права можно понимать и применять лишь с учетом соответствующих моральных норм (например, понятия действий, порочащих честь и достоинство человека, явного неуважения к общественному порядку), изменение моральных норм влечет изменение содержания норм права⁹².

⁸² Указанная классификация достаточно условна, поскольку в настоящем исследовании не ставилось цели определить систему социальных норм.

⁸³ Данный процесс можно проследить на примере римского права, которое не только основывалось на религиозных нормах, но и активно их защищало (см. об этом, напр.: *Жреческие коллегии в Раннем Риме: К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права.* – М.: Наука, 2001. – С. 299–308; *Юлий Павел. Пять книг сентений к сыну. Фрагменты Домиция Ульпиана.* – М.: Зерцало, 1998. – С. 135–137.

⁸⁴ См.: *Проблемы общей теории права и государства* / Под ред. В. С. Нерсисянца. – С. 213.

⁸⁵ См.: *Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. – Т. I.* – С. 115; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. – С. 308–317, 330–332.

⁸⁶ См., напр.: *Тер-Акопов А.* Христианские начала и их развитие в российском праве // *Российская юстиция.* – 2001. – № 7. – С. 67; *Мысловский Е.* Религиозно-светские начала уголовно-правовых норм // *Российская юстиция.* – 1997. – № 5. – С. 7–8; *Он же.* Религиозно-светские начала уголовно-правовых норм // *Российская юстиция.* – 1997. – № 4. – С. 10–12; *Мироков З.* Особенности формирования уголовно-правовой политики на Северном Кавказе // *Законность.* – 2002. – № 10. – С. 33–36.

⁸⁷ *Теория права и государства: Учебник для вузов* / Под ред. Г. Н. Манова. – С. 128.

⁸⁸ См.: *Тер-Акопов А.* Указ. соч. – С. 67.

⁸⁹ *Дигесты Юстиниана.* – М.: Статут, 2002. – С. 87.

⁹⁰ См.: *Алексеев С.С. Теория права.* – С. 69–70; *Лукашева Е.А.* Указ. соч. – С. 119, 128; *Фролов С.С.* Указ. соч. – С. 47.

⁹¹ См.: *Сырых В.М.* Теория государства и права. – С. 105.

⁹² Там же. – С. 106.

Следует сказать, что моральные нормы имеют особое значение в контексте отечественной правовой системы, поскольку «нормы права и нормы нравственности в сознании русского народа недостаточно дифференцированы и живут в слитном состоянии»⁹³.

Как известно, морали присуще изменяющееся содержание⁹⁴. Это позволяет говорить об определенной изменчивости и содержания нормы права, которое меняется под воздействием изменения содержания связанных с ней соответствующих моральных норм. Подобное изменение норм морали может повлиять на само существование правовых норм, которые могут устареть в случае их несоответствия новым представлениям о нравственности⁹⁵.

Таким образом, *социальные источники права тесно взаимосвязаны с нормами права, определяют их содержание в процессе создания и реализации.*

На основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы. Под источниками права необходимо понимать: 1) в широком смысле слова – факторы, которые оказывают влияние на формирование и реализацию норм права (социальные источники права); 2) в узком смысле слова – явления, в которых содержатся нормы права.

Предложенная классификация источников права вполне может быть использована в уголовном праве, а потому далее требуется рассмотреть вопрос об источниках норм уголовного права.

⁹³ Кистяковский Б.А. Указ. соч. – С. 370.

⁹⁴ См.: Ницсечек В.И. Указ. соч. – С. 276; *История политических и правовых учений: Учебник для вузов* / Под общ. ред. проф. В. С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2001. – С. 616–617.

⁹⁵ См.: Ильин И.А. Теория права и государства. – М.: Зерцало, 2003. – С. 114.

§ 2. Источники норм уголовного права

Прежде чем перейти к исследованию вопроса об источниках современного уголовного права России, представляется необходимым кратко остановиться на основных этапах исторического пути развития системы источников отечественного уголовного права.

Первоначально уголовно-правовые отношения на Руси регулировались *обычными нормами*. Обычай долгое время являлся ведущим источником уголовного права. К моменту образования Киевской Руси в древнерусском обществе господствовало обычное уголовное право, которое выражалось в судебных решениях, обрядах, обычаях, пословицах и поговорках⁹⁶.

С развитием русского государства в число источников уголовного права вошли различные *нормативные акты* (прежде всего, княжеские акты), а также *судебные решения*. Указанные источники права нашли свое отражение в таком историческом памятнике, как «Русская правда»⁹⁷. Материалом для создания «Русской правды» также выступили обычаи и византийское право⁹⁸. Наиболее ранними письменными памятниками русского права являются *договоры* Руси с Византией (911, 944, 971 гг.), которые содержали нормы уголовного права⁹⁹.

В Средние века основными источниками русского уголовного права становятся *нормативные правовые акты*, в том числе княжеское законодательство, акты Боярской думы, Земских соборов, распоряжения приказов, *акты церковного права*. Церковное уголовное право берет начало в X в. и находит свое выражение в церковных княжеских уставах, законодательных актах греческого церковного права¹⁰⁰, позднее его источниками выступали «Кормчая книга», «Правосудье митрополичье», «Стоглав» и др.¹⁰¹

В этот исторический период появляются также такие памятники русского уголовного права, как Псковская и Новгородская судные грамоты, Судебник 1497 г., Судебник 1550 г., Соборное уложение 1649 г.¹⁰² Налицо преобладание нормативных правовых актов в системе источников уголовного права, которые все же остаются тесно связанными с судебной практикой, выступавшей одним из основных источников уголовного права вплоть до Уложения 1649 г.¹⁰³

В XVII в. впервые в России появились *военно-уголовные законы*¹⁰⁴. Это время в системе источников уголовного права ознаменовалось также уменьшением роли обычая, значение которого, по мнению Н. Д. Сергиевского, в России сохранялось до конца XVII в. Тем не менее Уголовное уложение 1903 г. все еще признавало обычай источником уголовного права в отношении иностранцев¹⁰⁵. В. В. Кулыгин считает, что обычай вытесняется из числа источников уго-

⁹⁶ См.: Кулыгин В.В. Указ. соч. – С. 15.

⁹⁷ См.: Титов Ю.П. Хрестоматия по истории государства и права России. – М.: Проспект, 2000. – С. 4–27.

⁹⁸ См., напр.: Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. – М.: Зерцало, 2003. – С. 13–14; Волков К.А. Судебный прецедент и его роль в регулировании уголовно-правовых отношений: Автореф. дис...канд. юрид. наук. – Иркутск, 2002. – С. 13; Кулыгин В.В. Указ. соч. – С. 16; Исаев И.А. История государства и права России. – М.: Юристъ, 1994. – С. 14.

⁹⁹ См.: Исаев И.А. Указ. соч. – С. 13; Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. – С. 19.

¹⁰⁰ См.: Курс советского уголовного права. (Часть Общая). – Л.: Изд-во ЛГУ, 1970. – Т. 2. – С. 527; Суворов Н.С. Учебник церковного права. – М.: Зерцало, 2004. – С. 156–179, 250–259.

¹⁰¹ См.: Исаев И.А. Указ. соч. – С. 41, 50–52.

¹⁰² См.: Титов Ю.П. Указ. соч. – С. 27–36, 36–42, 43–50, 50–147.

¹⁰³ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. – С. 128–129; Фельдштейн Г.С. Указ. соч. – С. 14–16.

¹⁰⁴ См.: Сергиевский Н.Д. Русское уголовное право. Часть Общая: Пособие к лекциям. – Пг., 1915. – С. 27.

¹⁰⁵ Там же. – С. 36.

ловного права, начиная с реформ Петра I, когда «усиливается значение внедряемых сверху законодательных актов, скопированных с западноевропейских образцов»¹⁰⁶.

В XVIII в. *нормативный акт* выходит на ведущие позиции в системе источников уголовного права¹⁰⁷. В это время принимается Артикул воинский 1715 г.¹⁰⁸, который рассматривается как первый отечественный военно-уголовный кодекс.

Основными источниками русского уголовного права в XIX в. являлись Свод законов Российской империи 1833 г. (том XV), Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г.¹⁰⁹

Отмеченная тенденция возрастания роли закона в системе источников уголовного права не привела к исчезновению иных элементов данной системы. Так, в середине XIX в. В. Спасович выделял, наряду с Уложением о наказаниях, такие источники уголовного права, как *уголовные законы военно-сухопутного и морского ведомств, церковные законы, а также обычное право инородцев*¹¹⁰. Кроме того, существует мнение, что в тот период в России источником уголовного права признавался судебный прецедент¹¹¹.

В конце XIX – начале XX в. в русском уголовном праве начинает все больше утверждаться принцип «*nullum crimen nulla poena sine lege*»¹¹². В 1903 г. принимается Уголовное уложение, которое было основным, но также не единственным источником русского уголовного права. Например, Н. Д. Сергиевский в качестве источников уголовного права в этот период предлагал рассматривать: 1) *уголовное законодательство (Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., Уголовное уложение 1903 г., Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, 1864 г., воинские уставы о наказаниях, карательные церковные законы, применяемые церковно-судебной властью, и т. д.); 2) обычай, т. е. юридическое правило, возникшее помимо законодательства и получившее, в силу вековой давности, значение обязательной нормы*¹¹³. При этом Н. Д. Сергиевский различал два вида обычая как источника уголовного права: 1) народный обычай в тесном смысле, т. е. правило, вырабатываемое и устанавливаемое народом помимо писаного права; 2) судебный обычай, вырабатываемый судебными учреждениями, который является разъяснением закона и его пополнением в том объеме, в каком это допускается самим законом¹¹⁴.

Н. С. Таганцев, в отличие от Н. Д. Сергиевского, не склонен рассматривать судебную практику как источник уголовного права, но при этом и не абсолютизирует значения Уголовного уложения 1903 г., указывая наряду с ним такие источники уголовного права, как обычай, Уложение о наказаниях 1845 г., законы, устанавливающие уголовную ответственность за отдельные преступления, военно-уголовные законы¹¹⁵.

В 1917–1919 гг. в России источниками уголовного права выступали *постановления Временного правительства, обращения к населению советского правительства, постановления съезда Советов, декреты, указы местных Советов рабочих, крестьянских и солдатских депутатов, инструкции Наркомюста, судебная практика*¹¹⁶. Не утрачивает в этот период своего

¹⁰⁶ Кулыгин В.В. Указ. соч. – С. 8.

¹⁰⁷ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. – С. 185.

¹⁰⁸ См.: Титов Ю.П. Указ. соч. – С. 169–199.

¹⁰⁹ См.: Российское законодательство X–XX веков. – М.: Юрид. лит., 1988. – Т. 6: Законодательство первой половины XIX века. – С. 174–309.

¹¹⁰ См.: Спасович В. Учебник уголовного права. – СПб., 1863. – Т. I. – Вып. 2. – С. 329–331.

¹¹¹ См.: Волков К.А. Указ. соч. – С. 15.

¹¹² См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. – С. 127.

¹¹³ См.: Сергиевский Н.Д. Указ. соч. – С. 19–36.

¹¹⁴ Там же. – С. 35–36.

¹¹⁵ См.: Таганцев Н.С. Указ. соч. – С. 122–129, 168, 200–218.

¹¹⁶ См.: Курс уголовного права. Общая часть: Учебник для вузов / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М.: ИКД

значения и судебный прецедент. В 20-х годах XX в. в России ученые считали его ведущей формой правотворчества¹¹⁷. Признание возможности применения социалистического правосознания после революции 1917 г., наряду с институтом аналогии в соответствии со ст. 10 УК РСФСР 1922 г., некоторые авторы рассматривают как санкционирование возможности применения судебного прецедента¹¹⁸.

Затем советская нормотворческая практика полностью переориентировалась на *нормативный правовой акт*, который стал ведущим источником уголовного права. Первым систематизированным советским уголовным законом стали принятые Наркомюстом РСФСР Руководящие начала по уголовному праву РСФСР 1919 г., которые были попыткой обобщения практики судов и трибуналов. Далее последовали УК РСФСР 1922 г.¹¹⁹, отдельные уголовные законы, в том числе: Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1924 г., Положение о воинских преступлениях 1924 г.¹²⁰

«Зерцало-М», 2002. – Т. 1: Учение о преступлении. – С. 23, 24; Исаев И.А. Указ. соч. – С. 270–272.

¹¹⁷ См.: Исаев И.А. Указ. соч. – С. 355.

¹¹⁸ См.: Волков К.А. Указ. соч. – С. 16.

¹¹⁹ См.: *Собрание узаконений РСФСР*. – 1919. – № 66. – Ст. 590; 1922. – № 15. – Ст. 153.

¹²⁰ См.: *Собрание законодательства СССР*. – 1924. – № 23. – Ст. 201.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.