

ПОНЯТИЕ И СИСТЕМА МАТЕРИАЛЬНЫХ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ

Э.С. Джаныбеков

Анализируется категория “материальный источник права”, вызывающая множество дискуссий в юридической науке, так как на протяжении длительного периода времени обнаруживается ряд спорных положений, связанных с ее понятием и системой, которые до сих пор не разрешены.

Ключевые слова: государство; право; источник; правотворчество; закон.

В Кыргызской Республике, в современных условиях интенсивного формирования государственности, связанного с процессами становления демократии, совершенствования системы правоохранительных органов, переоценки многих государственных и общественных приоритетов и признания в качестве высшей ценности права и свободы человека, проблема источников права приобретает особую актуальность. В правоведении проблематика источников права является малоизученной, а в отдельных случаях, совершенно новой. Источники права издавна были и остаются в наше время предметом самого пристального внимания как общей теории права, так и отраслевых научных дисциплин¹.

С провозглашением независимости Кыргызстана и началом формирования в стране нового современного права в юридической науке заметно

возрос интерес к вопросам, связанным с источниками права. Свидетельством тому являются общественно-политические процессы, происходящие в Кыргызстане в последние десятилетия, что настоятельно требует формализации материальных источников права.

Так, в странах “общего права” известно деление источников на формальные и материальные. Из формальных источников право “черпает свою юридическую силу”, это “как бы ворота, через которые новые принципы могут найти вход в право”². Материальные источники представляют собой социальные или исторические условия, определяющие существование нормы права в определенное время в определенном месте³. Необходимо указать при этом, что материальные источники являются объектом исследования социологической юриспруденции, а формальные – аналитического позитивизма.

В целом в юридической литературе под материальным правом понимается совокупность отраслей

¹ См. напр: *Марченко М.Н.* Источники права: учебное пособие / М.Н. Марченко. М., 2005. С. 3; *Топорнин Б.Н.* Система источников права: тенденции развития / Б.Н. Топорин // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 16; *Кананыкина Е.С.* Философские традиции анализа источников (форм) права / Е.С. Кананыкина // Право и политика. 2004. № 10. С. 9.

² *Уолкер Р.* Английская судебная система / Р. Уолкер. М.: Юридическая литература, 1980. С. 111.

³ Там же. С. 246.

(и подотраслей) права, в которых основной упор делается на установление прав и обязанностей субъектов¹.

Соответственно, за материальный источник права можно принять того, кто вершит судьбы мира путём правотворчества. Так, известный до-революционный российский правовед Е.Н. Трубецкой считал, что источниками права можно назвать только те обстоятельства, влияющие на появление правовых норм, которые обуславливают обязательность устанавливаемых правил поведения².

Известный румынский теоретик права А. Нашиц справедливо отмечает, что создание права, «необходимого для жизни и деятельности людей, – это почетная, но трудоемкая задача, ибо даже самых лучших побуждений недостаточно для того, чтобы создать творение, которое адекватно и в нужный момент отражало бы жизнь во всей ее сложности и со свойственными ей тенденциями развития, в котором общество могло бы без труда узнать себя и увидеть не деформированное отражение своего реального бытия, своих стремлений и чаяний»³.

«В современном государстве, – писал Ф. Энгельс, – право должно не только соответствовать общему экономическому положению, не только быть его выражением, но также быть внутренне согласованным выражением, которое не опровергало бы само себя в силу внутренних противоречий»⁴. Закон как выражение государственной воли призван быть точной и в научном отношении безупречной формулировкой действительного, объективно вознившего, фактически существующего и развивающегося в обществе права. Как справедливо отмечает Д.А. Керимов, «иные законодательные акты могут и не соответствовать правовым принципам, и тогда возникает противоречие между правом и данными законодательными актами»⁵. Согласно опубликованному в печати данным, около четверти всех ошибок в применении закона вызваны несовершенством последнего – его неполнотой, неясностью, против-

речивостью⁶. К.А. Кожоналиев, рассматривая негативные моменты современного кыргызского правотворчества, указал в числе прочих на то обстоятельство, что в нынешних условиях значительное число нормативных актов, принятых совсем недавно, нуждаются в изменениях и дополнениях⁷.

Важнейшим элементом правовой системы Кыргызстана, необходимым для нормального функционирования и прогрессивного развития общества и государства, является его Конституция. Как справедливо отмечает М. Краснов, «по большому счету, Конституция в демократическом государстве – это «клетка для власти», установленная обществом. От того, насколько хорошо сбалансированы сдержки и противовесы между разными властными институтами, настолько защищены и реально гарантированы права и свободы человека»⁸.

В частности, согласно ст. 2 п. 1 Конституции Кыргызской Республики материальным источником права в Кыргызской Республике может считаться её многонациональный суверенный народ как единственный законный обладатель всей существующей власти в стране. Формирует же он правовое пространство двумя способами: путём непосредственной и представительной демократии. Формирование права через непосредственную демократию осуществляется путём референдума – всенародного голосования граждан по законопроектам, действующим законам и другим вопросам государственного значения. Решения, принятые всенародным референдумом, обладают высшей юридической силой, в каком-либо утверждении не нуждаются и обязательны на всей территории Кыргызской Республики⁹.

Ввиду ряда субъективных и объективных причин, народ часть своих законодательных прав делегирует государству в лице его органов¹⁰. Согласно ст. 3 Конституции, государственная власть в Кыр-

¹ См. напр.: *Кашанина Т.В., Кашанин А.В.* Основы российского права: учебник для вузов / Т.В. Кашанина, А.В. Кашанин. 3-е изд., перераб. и доп. М.: НОРМА, 2003. С. 71.

² *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права / Е.Н. Трубецкой. СПб., 1999. С. 97.

³ *Нашиц А.* Правотворчество: Теория и законодательная техника / А. Нашиц. М., 1974. С. 256.

⁴ *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 37. С. 418.

⁵ *Керимов Д.А.* Законодательная техника: научно-методическое и учебное пособие / Д.А. Керимов. М.: изд. группа НОРМА-ИНФРА, 1998. С. 5.

⁶ См.: *Кудрявцев В., Лукашева Б.* Государство, право, человек / В. Кудрявцев, Б. Лукашева // Коммунист. 1986. № 9. С. 97.

⁷ *Кожоналиев К.А.* К проблеме пересмотра судебных актов, основанных на неконституционных или недействительных нормативных актах / К.А. Кожоналиев // Вестник КРСУ. 2008. Т. 8. № 2. С. 152.

⁸ *Краснов М.* Основной закон. О чем нельзя упоминать накануне Дня Конституции / М. Краснов // Российская газета. 2002. 11 декабря.

⁹ *Азыгалиев Р.Ш., Осмоналиев К.М.* Научно-практический комментарий к Конституции Кыргызской Республики / Р.Ш. Азыгалиев, К.М. Осмоналиев. Бишкек, 2008. С. 112.

¹⁰ *Кузьмин А.В., Пашкевич М.Ю.* Правотворческая воля в структуре идеальных источников права / А.В. Кузьмин, М.Ю. Пашкевич // История государства и права. СПб., 2008. № 9. С. 3.

гызской Республике осуществляется на основе ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную, при этом органы ветвей власти самостоятельны. Из названий ветвей власти видно, что основным правотворческим органом в системе триединства властей является законодательная. Однако и исполнительная ветвь власти, да и президент Кыргызстана как координатор системы разделения властей также обладают правотворческими функциями. Так, во избежание коллизий и властного произвола сложилась определённая иерархия материальных источников права и соответственно иерархия нормативно-правовых актов, принимаемых этими источниками.

Так, в системе государственных органов Кыргызстана ведущее место занимает законодательная ветвь власти в лице Жогорку Кенеша – парламента Кыргызской Республики, обладающего правом издавать законы, нормативно-правовые акты, имеющие высшую юридическую силу в иерархии нормативно-правовых источников, принимаемых государственными органами. Президент и исполнительная ветвь власти в лице Правительства Кыргызской Республики вправе издавать подзаконные нормативно-правовые акты, обладающие меньшей юридической силой: указы, постановления, распоряжения, приказы, инструкции и т. д. Судебная ветвь так же может повлиять на правовую действительность. Б.Б. Ишимов совершенно справедливо говорит о том, что судьи находятся в самой гуще жизненных проблем, могут быстро и эффективно принять необходимое решение, восстанавливающие справедливость и законность¹.

Так, правовая природа решений Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики определяет его свойство выступать в качестве материального источника права. Данный судебный орган осуществляет как негативные полномочия – признание нормативного акта или отдельного его положения неконституционным и последующая утрата им юридической силы, так и позитивные – выработку судом правовой позиции, формирование системы прецедентов, рассмотрение аналогичных дел с учётом первоначального решения и т. п.

Другой источник права – постановление пленума Верховного Суда Кыргызской Республики, содержащее нормативное толкование.

¹ Ишимов Б.Б. Укрепление законности и формирование правопорядка в Кыргызской Республике (конституционно-правовые и управленческие аспекты): дис. ... д-ра юрид. наук / Б.Б. Ишимов. М., 2002. С. 79.

Правотворческая деятельность судов общей юрисдикции проявляется также в двух сферах: негативной – выражается в компетенции судей отменять нормативные акты низших инстанций, противоречащие законам и Конституции Кыргызской Республики, и позитивной – связано с принятием судебного решения по аналогии закона или на основании оценочных понятий права. В этих случаях судья создаёт новую норму права, фактический прецедент для данного органа, правотворчества.

Полагаем, признание правотворческой функции судов в качестве материального источника права Кыргызской Республики отвечает существующим тенденциям его развития, способствует обеспечению основных прав и свобод человека и гражданина².

Необходимо также отметить возможность законного делегирования нормотворческих полномочий, передачи права быть материальным источником права. Актуальность исследования проблемы делегированного правотворчества обусловлена тем, что действующая Конституция Кыргызской Республики не предусматривает возможность делегирования правотворческих полномочий. Тогда как, например, в статье 79 Конституции РФ указывается, что Российская Федерация может участвовать в межгосударственных объединениях и передавать им часть своих полномочий в соответствии с международными договорами, если это не влечет ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя.

Действительно, примат международного права над внутригосударственным является общепризнанным принципом, и международное право в таком случае можно считать материальным источником права. Но не является ли сама идея примата международного права над внутригосударственным ущербной, не ущемление ли это суверенитета народа? Ответ на этот вопрос неоднозначен, и скорее отрицателен, чем утвердителен. Ведь существует процедура ратификации международного документа. Народ, обладатель усреднённого решения по конкретному делу, выступает в процессе принятия нормативно-правового акта своего рода единым субъектом отношений с народами других наций. Акт, принимаемый в результате их совместной правотворческой деятельности,

² См. подробно: Смирнов Л.В. Деятельность судов РФ как источник права / Л.В. Смирнов // Журнал российского права. 2001. № 3; Мкртумян А.Ю. Судебная практика как источник российского права (историко-правовой аспект) / А.Ю. Мкртумян // История государства и права. СПб., 2008. № 9. С. 4.

является волей большинства, но и меньшинство не ущемлено в правах. Эта воля, принявшая облик закона, не направлена против кого-то, и объект ее правового воздействия затрагивает интересы каждого участника. Предметом спора не может послужить внутреннее дело отдельно взятого суверенного народа. Это своего рода “мировая прокуратура”, осуществляющая надзор за естественно-правовой законностью, соблюдением прав человека.

Статья 68 Конституции Кыргызской Республики устанавливает возможность взаимного делегирования полномочий в системе органов государственной власти. Однако заметим, что в Конституции ни слова не говорится о возможности делегирования законодательными органами государственной власти своих полномочий как Президенту Кыргызстана, так и исполнительным органам власти. Это обуславливается склонностью данного метода правотворчества способствовать усилению исполнительной власти, разбалансировывать систему разделения властей и, в итоге, крушить демократическую систему государственного управления, устанавливать тоталитарный режим¹.

Перейдем к еще одной вариации понятия “материальный источник права”. В роли материального источника права могут выступать конкретные исторические памятники, которые когда-то имели или до сих пор имеют значение действующего права. О таких правовых памятниках как об источниках права говорят, когда исследуют “*Corpus juris civilis*”, “Русскую Правду”, “Великую яссу” – конкретные материальные воплощения права. Они, безусловно, важны нам, как наследие предков, но их важность для учёных-правоведов была бы не так велика, не используйся эти источники права, отжившие и всё ещё действующие, как строительный материал для нового законодательства. Этот смысл источника права используется тогда, когда констатируется, например, что римское право послужило источником при подготовке германского Гражданского кодекса, или что “Русская Правда” использовалась в написании Псковской Судной Грамоты. Вторая жизнь появляется у этих документов неспроста. Учитывая их юридическую технику и целесообразность использования, правотворец внимает опыт прошлых лет².

¹ Толстик В.А. К вопросу о юридической силе актов, принятых в рамках делегированных нормотворческих полномочий / В.А. Толстик // Юрист. 2001. № 10. С. 53–56.

² См. напр.: Кашкин С.Ю. Стратегия и механизмы гармонизации законодательства России и Европейского союза как ключевые компоненты их эффективного взаимодействия в XXI в. / С.Ю. Кашкин //

Но в данном контексте можно выделить группу нетрадиционных материальных источников права. В частности в теократических государствах, соответственно, с теократическим правом, материальными источниками права часто становятся непосредственно священные тексты: Тора, Библия, Коран, всевозможные религиозные сочинения. Также в некоторых правовых семьях сочинения учёных-юристов воспринимаются как материальный источник, в частности в Древнем Риме и приемниках его государственности³.

Совершенно очевидно, что понятия источника права в теории юриспруденции различаются в зависимости от типа правопонимания исследователя, а сам их перечень и иерархия варьируются в связи с конкретными обстоятельствами места и времени существования государственно-организованного общества.

Однако на каждом витке бытия человеческой цивилизации ученые приходят к осознанию необходимости соглашения о единообразном понимании и применении базовых научных понятий в целях упорядочения процесса познания явлений окружающей действительности и методологически верного оформления результатов исследования.

Для упорядочения процесса использования категорий общей теории права целесообразно в каждом конкретном исследовании, оперирующем термином “источник права”, определить, в каком значении используется данный термин – в материальном или в формально-юридическом. Это поможет осуществлять процесс познания и оформление его результатов методологически грамотно, не допуская подмены понятий, неоправданного расширения или сужения их объемов, обеспечивать высокий уровень верификации выводов.

От смысла, вкладываемого в понятие “источник права”, во многом зависит направленность и восприятие научного труда в целом. Материальные источники права предполагают изучение комплекса явлений, находящихся вне правового поля, но обладающих потенциальной возможностью воплотить принцип нормативности, имманентно присущий человеческому сообществу, в виде правовых норм. Формально-юридические источники права, напротив, предполагают анализ уже объективно существующих нормативных установлений, в зависимости от особенностей процесса своего

Тенденции российско-европейских отношений. 2005. № 6. С. 41–76.

³ Дождев Д.В. Римское частное право: учебник для вузов / Д.В. Дождев. М., 2004. С. 17.

Г. Дж. Джунушалиева

создания, нашедших выражение в формах нормативного правового акта, обычая, прецедента или договора. Существование этих двух смысловых уровней категории “источник права” неразрывно переплетается с историей возникновения и эволюции человечества. Благодаря постоянной динамике социальных и политических процессов теория источников права находится в постоянном развитии.

Логически правильно структурированная теория материальных источников права послужит важным научным стимулом для многих актуальных правовых исследований, поможет правоведам лучше понимать друг друга, сделает интеграционные процессы современного мира более активными и конструктивными, а формирование науки всеобщей теории права вполне реальным.