
УДК 340, 342

А.С. Шабуров

доктор юридических наук, профессор
профессор кафедры теории государства и права
Уральский государственный юридический университет
г. Екатеринбург, Российская Федерация
E-mail: shaburov.41@mail.ru

ПРАВОТВОРЧЕСТВО: ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ

Аннотация: в работе рассматриваются отдельные спорные определения понятия правотворчества в отечественной юридической науке, анализируется его содержание и дается научно-теоретическое определение.

Ключевые слова: правотворчество, правообразование, законотворчество, нормотворчество.

Правотворчество, его особенности и приемы не являются новыми для юридической науки. Однако, несмотря на достаточно большое количество работ по вопросам правотворчества, многие вопросы остаются спорными, а отдельные из них в последнее время только поставлены.

К сожалению, в отечественной науке не выработано даже единого понятия, определения правотворчества.

Деятельность по созданию норм права характеризуется через разные правовые категории, обозначаемые различными терминами. Эта деятельность определяется как «правотворчество», «законотворчество», «нормотворчество» «правоформирование», «правообразование», «правоустановление» и даже «нормосозидание»¹.

При поверхностной трактовке эти явления однопорядковые. Действительно, все они связаны с созданием правовых норм, их формированием и закреплением. Однако, при углубленном рассмотрении содержание рассматриваемых терминов различно и по сущности, и по форме. В указанных категориях отражаются понятия деятельности, связанной с формированием правовых норм, отображаемые соответствующим термином. Вместе с тем, правильное терминологическое определение понятий имеет важное научное и практическое значение.

Многообразие подходов к понятию этих явлений требует их научно-теоретического анализа, ибо указанное разнообразие порождает противоречия в трактовке самого явления, затрудняет нормативную регламентацию правотворчества и составляющих его элементов. Подчеркивая значимость определения понятий по рассматриваемой проблеме с учетом степени ее важности, С.Г. Дробязко указывал, что «в этом случае следует исходить из

¹ См., например: Баранов В.М. Очерки техники правотворчества: избр. труды. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2015, С. 645.

сущностно-ориентационной и конкретно-функциональной значимости категорий, понятий, терминов, недопущением их подмены и исключительной важности точности юридической терминологии как в познании рассматриваемого процесса, так и в практической деятельности по созданию правовых норм»¹.

В то же время отдельные авторы характеризуют указанные выше категории как самостоятельные. В частности, Ю.А. Дмитриев и И.К. Казьмин полагают, что необходимо различать правотворчество в собственном смысле и более широкое многогранное понятие – формирование права и правообразование².

С точки зрения русского языка указанные категории близки по смыслу и связаны в той или иной степени с образованием, формированием права как специфического государственно-властного явления. Но что касается его содержания, оно далеко не однозначно в рассматриваемых категориях.

Право представляет собой систему норм гарантированных государством и по своей сущности представляют собой государственную волю, возведенную в закон. Однако отдельные авторы расширяют содержание правотворчества, включая в него и отношения, не связанные с правом, его формированием и изменением. Так, В.В. Трофимов в процесс правотворчества включает «стадию формирования, развития и исчезновения различных природных,

¹ Общая теория права / В.А. Абрамович и др.; под общ. ред. С.Г. Дробязко, С.А. Калинина. Минск: БГУ; изд-во «Четыре четверти», 2014. С. 313.

² Дмитриев Ю.А., Казьмин И.К. Понятие правотворчества и его принципы. Общая теория права: учебник для юридических вузов. М., 1996. С. 200-202.

экономических, социальных условий»¹. Совершенно очевидно, что указанные объективные условия развития и изменения общества совершенно не зависят от чьего-либо «творчества», в том числе и государства, а являются лишь условиями, факторами, обуславливающими направление и содержание правотворчества.

Другие ученые указанные категории полностью отождествляют с правотворчеством, и включают их в его содержание. В отдельных работах различные категории не отождествляются с правотворчеством как целостным явлением, но связываются с ним, рассматриваются лишь как составляющие процесса.

Для выяснения содержания правотворчества как специфической государственной деятельности необходимо рассмотреть содержание отдельных категорий. Прежде всего, следует различать близкие по смыслу и содержанию категории: правотворчество, законотворчество и нормотворчество.

Весьма близки по своему содержанию категории «правотворчество» и «законотворчество». Во многих случаях эти явления отождествляются и всякая деятельность по образованию правовых норм, определяется как «законотворчество»². Безусловно, закон – это правовой акт, но это особый, специфический акт, акт высшей юридической силы. Следовательно, законотворчество – это

¹ Трофимов В.В. Правообразование, правотворчество и правотворческая политика // Правотворческая политика в современной России: курс лекций / под ред. А.В. Малько. Саратов, 2013. С. 31.

² См.: Проблемы законотворчества Российской Федерации. М., 1993. № 53. Однако отождествление этих категорий возможно лишь при условии отождествления понятий «право» и «закон», хотя большинство отечественных авторов эти понятия не отождествляют.

правотворчество, но это лишь одна из его разновидностей, ибо связана с принятием только законов как нормативных актов высшей юридической силы.

Вместе с тем, следует отметить еще одну особенность закона. Принятие закона – это монополия государства, причем его представительных органов. Субъектами же творчества иных правовых актов могут быть и другие субъекты как государственные (президент, правительство, исполнительно-распорядительные органы государственной власти), так и негосударственные органы (например, органы местного самоуправления, руководители предприятий).

При сравнении правотворчества и законотворчества важно учитывать и процессуальную составляющую нормативных актов. Для законотворчества характерен сложный порядок принятия закона. Как нормативный акт высшей юридической силы закон принимается в особом процессуальном порядке, закрепленном конституционно. Творчество же иных нормативных правовых актов не имеет столь жесткой регламентации.

Нельзя отождествлять правотворчество и с другим, весьма близким с ним, явлением, которое определяется как «нормотворчество». Достаточно большое количество ученых трактуют правотворчество именно как «нормотворчество», либо отождествляют эти явления¹. Действительно, правотворчество и нормотворчество связаны с

¹ Нормотворческая юридическая техника: монография / Н.А. Власенко, А.И. Абрамова и др. / отв. ред. Н.А. Власенко; Институт законодательства и сравнительного правоведения. М.: Юстицинформ, 2011; Юридическая техника: учебное пособие по подготовке законопроектов и иных нормативных правовых актов органами исполнительной власти. М.: ЭКСМО, 2010.

образованием норм, т.е. правил общего характера. Но нормотворчество включает в себя деятельность по формированию всех социальных норм (религиозных, корпоративных), в том числе правовых. Являясь специфической формой нормотворчества, правотворчество, безусловно, имеет много общих, причем весьма важных, признаков с иными видами нормотворчества. Однако, будучи явлением юридическим, связанным с формированием именно права, оно получает специфические особенности, признаки, отражающие особенности права и правового регулирования. Как явление юридическое, оно имеет определенный состав субъектов творчества, осуществляется в определенном, формально закреплённом порядке, имеет четкое закрепление порядка опубликования и вступления принятых актов в силу. Для образования иных социальных норм указанные особенности не характерны. Более того, отдельные нормы (например, моральные, обычаи) образуются стихийно, не нуждаясь в каком-либо «творчестве». Поэтому правотворчество выступает лишь одним из специфических, весьма важных, но самостоятельных видов нормотворчества.

Некоторые авторы, сравнивая рассматриваемые явления, неоправданно изменяют и расширяют их содержание, что затрудняет понимание соответствующего «творчества». Так, Н.П. Алешкова полагает, что «законотворчество – это деятельность по принятию правовых актов в виде законов; нормотворчество – по изданию нормативных правовых актов, правотворчество – по изданию

правовых актов вообще»¹. То есть, по мнению автора, к правотворчеству относится и создание правоприменительных актов, актов реализации, где вообще отсутствует «творчество»². Ведь субъект правоприменения ничего не «творит», а лишь анализирует факты и выносит соответствующее решение по обеспечению реализации существующих норм (строго говоря, правоприменитель даже не «реализует» правовые предписания, как полагают многие авторы, а лишь обеспечивает реализацию правовых норм другими субъектами, участниками правового регулирования).

Е.В. Семьяновым была высказана интересная мысль, что правотворчество в своем понятии включает все указанные категории, только рассматриваемые с трех различных позиций: правотворчество как законотворчество, правотворчество как нормотворчество, и правотворчество как правообразование и правоустановление³. То есть автор правотворчество понимает как обобщающую правовую категорию, характеризующую процесс создания права. Подобный подход представляется ошибочным, ибо он не в полной мере отражает содержание правотворчества. На это, в частности, обратил внимание А.С. Явич. «Законодатель не создает права. Он в соответствующих

¹ Алешкова Н.П. Современное понятие муниципального правотворчества // Административное и муниципальное право. 2009. № 5. С. 14.

² «Творить» – значит создавать, производить, созидать какой-нибудь продукт духовного творчества (Ушаков Д.Н. Толковый словарь современного русского языка. М.: «Аделант». 2015. С. 570).

³ Семьянов Е.В. Судебное правотворчество: вопросы общей теории права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 6.

пределах может заниматься и занимается нормотворческой деятельностью. Законодатель творит законы», – писал он¹.

Прежде всего, остановимся на определениях правотворчества правильных по сути, но не отражающих во всей полноте содержание и субъектов правотворчества.

Например, В.Д. Первалов трактует правотворчество как «деятельность компетентных органов государства по принятию, изменению и отмене правовых актов, содержащих нормы права»². Аналогично определяют правотворчество и некоторые другие авторы³. То есть в этом определении, правильном по сути, неоправданно ограничиваются субъекты правотворчества, сужается и его содержательная сторона.

Н.Н. Сенякин трактует правотворчество шире, определяя его как деятельность не только государственных, но всех «управомоченных органов по разработке, переработке и изданию определенных нормативных актов», хотя и понимает эту деятельность более широко, включая сюда и организационные вопросы правотворчества (подготовка проекта нормативного акта, его обсуждение соответствующей организацией и т.д.)⁴. Л. П. Рассказов выделяет в правотворчестве два его вида: правотворчество в широком и узком

¹ Явич Л.С. Сущность права. Л., Изд. Ленинградского университета. 1985. С. 121.

² Первалов В.Д. Теория государства и права: учебник и практикум для прикладного бакалавриата. М.: Юрайт, 2016. С. 180.

³ См., например: Комаров С.А., Малько А.В. Теория государства и права. М.: Норма, 2004. С. 319.

⁴ Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М.: Юрист, 1997. С. 368.

смысле¹. При узком подходе правотворчество понимается как специфическая деятельность компетентных органов по изданию или отмене юридических норм. Широкий же подход включает в себя не только собственное правотворчество органов, но и весь предшествующий ему процесс формирования права.

Некоторые авторы трактуют правотворчество как обобщенную, базовую категорию, но состоящую из отдельных составляющих ее частей².

Напротив, А.Н. Головастикова и Ю.А. Дмитриев ограничивают содержание правотворчества, понимая его лишь как составную часть правообразования и правоформирования³.

В.С. Нерсесянц определяет рассматриваемую деятельность не как правотворчество, а как «правоустановление», связывая его лишь с «официальным выражением и закреплением норм права, которые составляют нормативно-правовое содержание всех действующих источников позитивного права»⁴.

Некоторые авторы не рассматривают указанные категории в качестве самостоятельных явлений, а понимают их как отдельные составляющие единого процесса, который терминологически определяют неодинаково. Так, нередко рассматриваемая деятельность определяется не как «правотворчество», а как «правообразование».

¹ Рассказов Л.П. Теория государства и права: учебное пособие. М.: ПРИОР, ИНФРА-М, 2010. С. 171.

² Темнов Е.И. Теория государства и права: учебное пособие для вузов. М., 2002. С. 160.

³ Головастикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Теория государства и права в таблицах и схемах. М., 2008. С. 179.

⁴ Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник для вузов. М., 1999. С. 415.

При этом правотворчество характеризуется лишь как его часть. В частности, Н.А. Власенко понимает правообразование как «широкое понятие, в ходе которого формируются взгляды и идеи о необходимости правового регулирования тех и иных общественных отношений, результатом и итогом этого процесса и выступает правотворчество». Правда, при этом автором выделяется в качестве самостоятельного отдельный этап – «формирование права», как процесс осознания необходимости в правовом регулировании каких-либо фактических отношений. Этот этап завершается внесением в правотворческий орган предложений по совершенствованию нормативных правовых актов ¹. Аналогично трактуют процесс формирования права М.Н. Марченко, В.И. Цыганов, А.В. Малько².

Интересно подходит к характеристике стадий (этапов) создания правовых норм С.Г. Дробязко. В процессе формирования права автор выделяет три самостоятельных уровня (стадии) и определяет их как «правообразование», «правотворчество» и «правоустановление».

«Правообразование», по мнению автора – это «процесс, в котором «вызревает», формируется право». Преобладающими, обуславливающими этот процесс, являются объективные силы природы и общества, которые «давят» на сознание людей как участников общественных отношений, вызывают их нужду.

¹ Власенко Н.А. Теория государства и права: учебное пособие. 2-е изд. М.: Проспект, 2011. С. 161-162.

² См.: Марченко М.Н. Теория государства и права: курс лекций. М.: «Зерцало», 1996. С. 402; Цыганов В.И. Теория государства и права: тезисы лекций. Н. Новгород, 2010. С. 113; Малько А.В. Теория государства и права. М., 2000. С. 182.

Возникновение этой новации сопряжено с жизненно необходимой потребностью решить какой-то вопрос.

Юридически следующий этап в этом процессе автор определяет как «правотворчество», на котором системно подготавливаются проекты соответствующих источников права. Третья, завершающая стадия создания права – «правоустановление». Это стадия, в которой «в соответствии с юридически предусмотренной процедурой официально объективируются источники права, принимается и систематизируется законодательство»¹.

Более полная характеристика правотворчества возможна только при соотнесении его с более емкими категориями – «правовое регулирование» и «механизм правового регулирования». С.С. Алексеев еще в середине 90-х гг. определил, что правотворчество выступает как явление правовой деятельности, элемент правового регулирования, включающий в действие его механизм². Хотя некоторые авторы, в частности Л.С. Явич, полагают, что правотворчество предшествует правовому регулированию, не входя в его механизм³.

Особенностью правотворчества является то, что оно связано с более широким явлением – процессом образования, формирования права как социального явления, не отождествляясь с ним, т.е. на первой стадии формирования права происходит процесс «познания»

¹ См.: Общая теория права: учебное пособие / В. А. Абрамович и др. / под общ. ред. С.Г. Дробязко, С.А. Калинина. Минск: БГУ; изд-во «Четыре четверти», 2014. С. 311-323.

² Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. С. 204.

³ Явич Л.С. Общая теория права. Л.: ЛГУ, 1976. С. 204.

существующих общественных отношений, требующих необходимости социальной регламентации, которым соответствующие государственные органы придают общеобязательный характер. На это обращал внимание С.С. Алексеев, определяя правотворчество (законотворчество) как специальную деятельность компетентных органов, завершающую процесс правообразования, в результате которой приобретает юридическую силу и вступает в действие закон»¹. Поэтому нельзя характеризовать процесс правотворчества, сведя его только юридической, государственно-правовой стороне вопроса. Процесс правотворчества включает в себя не только правовую, но и социальную и духовную составляющую. Именно они составляют первичную основу образования права. На эту сторону правоформирования указывал в свое время К. Маркс, подчеркивая, что «законодательная власть не создает закона, она лишь открывает и формулирует его»².

При характеристике правотворчества нередко выводы делаются лишь из понимания права как простой системы общеобязательных правил, норм, без учета сложного характера этого социального явления. Именно глубокое теоретическое осмысление всех сторон и аспектов права выступает как важная предпосылка повышения действенности и эффективности права, правового регулирования, его реализации и правотворчества. И, соответственно, влияет на характер

¹ Алексеев С.С. Государство и право. М., 1994. С. 115.

² Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. М., 1985. Т. 1. С. 389.

правотворчества и эффективность соответствующих нормативных актов.

Отдавая должное обусловленности процесса правотворчества существующими общественными отношениями и политикой государства, нельзя не учитывать и психологического аспекта этого процесса. К нему относят познавательную, психологическую, волевую и техническую (в широком смысле) стороны процесса правотворчества¹.

Правотворчество (правообразование) – сложный процесс, который не только длится во времени, но и предполагает различные основания, процедуры и действия. Рассматривая его различные стороны, В.В. Трофимов характеризовал его как «двуединный процесс спонтанного (естественно-социального) и планомерно-сознательного (правотворческого) формирования правовых норм². Это положение поддерживал и В.А. Муравский, по мнению которого «образование актуальных правовых норм происходит двойственным путем: как стихийно-индивидуально, так и планомерно-сознательно³. При этом объективный процесс правообразования и субъективный правотворческий взаимодействуют. На это в свое время обратил внимание Л.С. Явич, подчеркивая, что «при спонтанном (стихийном) правообразовании дело не обходится без сознательной деятельности

¹ Нашиц А.И. Правотворчество. Теория и законодательная техника. Пер. с румынского. М., 1974. С. 82-97.

² Трофимов В.В. Правообразование, правотворчество и правотворческая политика // Правотворческая политика в современной России: курс лекций /под ред. А.В. Малько. Саратов, 2013. С. 28-29.

³ Муравский В.А. Актуально-правовой аспект правопонимания // Государство и право. 2005. № 2. С. 15.

людей, а в планомерно-сознательное развитие законодательства постоянно проникают элементы стихийного образования правоотношений...которые законодатель вынужден санкционировать»¹.

Более того, процесс формирования права касается не только образования нормативной, формальной стороны. Ф. Энгельс показал, что этот процесс – процесс длительного развития, который одновременно носит и социальный, и правовой характер. Характеризуя процесс формирования права, он писал: «На известной, весьма ранней ступени развития общества возникает потребность охватить общим правилом повторяющиеся изо дня в день акты производства, распределения и обмена продуктов и позаботиться о том, чтобы отдельный человек подчинялся общим условиям производства и обмена. Это правило, вначале выражающееся в обычае, становится затем законом»².

Существенным условием законотворчества, отвечающего социальной эффективности, является учет законодателем реального состояния и степени развития общественного сознания на уровне различных социальных групп и даже на индивидуальном уровне³.

Объективный источник правообразования – сама социальная жизнь. Именно она определяет и интересы законодателя, и методы, и содержание норм.

¹ Явич Л.С. Сущность права. Л. 1985. С. 121.

² Маркс К., Энгельс Ф. Соч. М., 1985. Т. 18. С. 272.

³ Нашиц Anita. Правотворчество. Теория и законодательная техника. Пер. с румынского. М., 1974. С. 95.

Характер нормативно-правового воздействия на реально существующие общественные отношения может быть рассмотрен с двух сторон: с точки зрения возможности такого воздействия и с точки зрения его необходимости и целесообразности. То есть существует объективный предел правовой досягаемости. Определенные отношения в силу своего характера вообще не подвластны государственно-правовому воздействию (например, отношения любви), а могут регулироваться иными социальными регуляторами (моральными, религиозными нормами). С другой стороны, необходимость регулирования определяется степенью важности правовой регламентации для общества и государства. Естественно, данный предел весьма подвижен и зависит от характера политических и социальных отношений (в известной мере он зависит и от уровня развития юридической науки, сущностной и ценностной характеристики права).

То есть процесс правотворчества можно характеризовать как способ перевода объективных законов общественного развития на язык правовых предписаний, облеченный в соответствующую юридическую форму¹.

Однако процесс правотворчества нельзя трактовать и лишь как процедуру написания, текстуального закрепления правил поведения.

Это весьма богатое по содержанию явление. Оно включает в себя и процесс выявления необходимости в правовом регулировании

¹ Ильин А.В. Оптимизация правотворческой деятельности в современной России (вопросы теории и практики). СПб., 2005. С.10.

определенных отношений, подготовку концепции и проекта нормативного акта, определение направления и характера самого регулирования (т.е. определение его метода, способа и типа).

Объективными факторами, предопределяющими характер правового регулирования, являются и идеологические, и политические, и собственно юридические факторы. Так, в советский период под правотворчеством понималась «форма государственного руководства обществом, завершающая процесс формирования права и отражающая социальные факторы этого процесса в виде возведения воли классов, стоящих у власти, в общеобязательные правила – правовые нормы»¹.

Хотя правотворчество как специфическую деятельность компетентных субъектов авторы понимают единообразно, но содержание правотворчества, его предмет авторами трактуется по-разному.

Большинство авторов определяют правотворчество как деятельность по изданию норм права. Так, А.В. Мицкевич трактовал правотворчество как деятельность по установлению, изменению или отмене правовых норм².

И.Н. Сиянкин связывал правотворчество не с принятием отдельных норм, а трактовал его как «процесс создания правовых актов»³.

¹ Марксистско-ленинская общая теория права и государства: основные институты и понятия. М., 1970. С. 576.

² Мицкевич А.В. Правотворчество в СССР. М., 1974. С. 29.

³ Сиянкин И.Н. Правотворчество и его проблемы в юридической науке // Актуальные проблемы теории государства и права. М., 2001. С. 44.

С самых широких позиций рассматривал правотворчество С.Б. Бошно, по мнению которого правотворчество направлено на «создание и совершенствование единой, внутренне согласованной и непротиворечивой системы правовых норм»¹. Последняя позиция нам представляется более предпочтительной, в полной мере характеризующей сущность и содержание правотворчества. Действительно, хотя в процессе правотворчества создаются и отдельные правовые нормы (или акты), правотворчество следует понимать как специфическую государственно-властную деятельность по формированию системы права в целом. Поэтому только рассмотрение правотворчества с самых широких позиций, в рамках системы права и даже правовой системы позволит в полной мере понять особенности этой деятельности как важнейшего элемента правового регулирования и обеспечить его эффективность.

Сфера правового регулирования представляет собой ту часть общества, которая подвержена принципиальному воздействию права. Это одновременно как сфера возможного (потенциального) правового воздействия, так и сфера необходимого регулирования. Как сфера законодательной регламентации, так и сфера правореализующего воздействия. Поэтому правотворческие органы, прежде всего, должны изучить экономическую, социальную ситуацию, объективные условия и потребности развития, определяя необходимость, возможность и направление правового регулирования, его способы, методы и типы. И лишь после этого, поскольку право носит волевой характер,

¹Бошно С.В. Правотворчество: путь от источника к форме права. М., 2002. С.41.

необходимое поведение властным волевым образом формально (письменно) закрепляется в правовых актах, которые, вступив в силу, начинают действовать, оказывать обратное воздействие на общественные отношения.

Краткую, но обобщенную характеристику правотворчества дал Ю.А. Тихомиров, по мнению которого правотворчество – это «процесс познания и оценки правовых потребностей общества и государства, формирования и принятия актов уполномоченными субъектами в рамках соответствующих процедур»¹.

Полагаем, что данное определение можно взять за основу при характеристике правотворчества как специфической государственно-правовой деятельности по созданию норм права и формированию системы права в целом.

A.S. Shaburov

doctor of law, professor

Professor of the Department of Theory of State and Law

Ural State Law University

Ekaterinburg, Russian Federation

E-mail: shaburov.41@mail.ru

¹ Общая теория государства и права: акад. курс в 2 т. Т. 2. Теория права / под ред. М.Н. Марченко. М., 1998. С.157.

LAW-MAKING: CONCEPT AND CONTENT

Abstract

The work considers certain controversial definitions of the concept of law-making in domestic legal science, analyses its content and gives a scientific and theoretical definition.

Keywords

Law-making, occurrence of law, creation of the right, creation of rules of law.