

На правах рукописи

Каждан Дмитрий Игоревич

**Формирование и развитие источников публичного права: проблемы
теории и методологии**

**Специальность: 12.00.01 – теория и история права и государства; история
учений о праве и государстве**

АВТОРЕФЕРАТ
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Краснодар 2010.

Работа выполнена на кафедре теории и истории государства и права Государственного образовательного учреждения высшего профессионального образования «Самарский государственный экономический университет»

Научный руководитель: кандидат юридических наук,
доцент
Болгова Виктория Владимировна

Официальные оппоненты: доктор юридических наук,
профессор
Финогентова Ольга Евгеньевна
кандидат юридических наук, доцент
Горшунов Денис Николаевич

Ведущая организация Тольяттинский государственный университет

Защита диссертации состоится « 2 » июня 2010 года в 12:00 часов на заседании Диссертационного Совета ДМ – 220.038.10 по присуждению ученой степени доктора (кандидата) юридических наук при Кубанском государственном аграрном университете по адресу: 350044, г. Краснодар, ул. Калинина, д. 13 (главный учебный корпус)

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке Кубанского государственного аграрного университета.

Автореферат разослан « ___ » _____ 2010 года

Ученый секретарь
диссертационного совета В.П. Камышанский

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы исследования. Теория государства и права, как самостоятельная отрасль научного знания, имеет свой предмет и исторически сложившийся понятийный аппарат, позволяющий дать научно обоснованную характеристику сложных и неразрывно связанных друг с другом институтов цивилизованного общества – государства и права. Основной логической формой выражения знаний о предмете науки являются те научные понятия, в которых закрепляется информация о сущности государственно-правовых явлений, закономерностях их развития и формах бытия.

Поскольку государство и право претерпевают изменения в ходе своего развития, постольку и процесс научного познания государственно-правовой действительности характеризуется не только фиксацией полученных об изучаемых объектах знаний в понятийном аппарате науки, но и постоянным приращением знания, что обусловлено эволюцией общества, его основных институтов и самого человека.

В настоящее время отечественная теория государства и права переживает период переосмысления, обновления и пополнения собственного понятийного аппарата. Этот процесс, с одной стороны, связан с изменениями, имеющими место в политической, экономической и правовой системах страны. С другой стороны, он становится объективным следствием того, что современное социальное знание находится в стадии формирования новой парадигмы, отражающейся и в трансформации предмета теории государства и права.

Также необходимо обратить внимание и на тот факт, что трансформация понятийного ряда во многом связана и с расширением научной проблематики. В предмет теории права включаются новые явления, новые вопросы, которые нуждаются в адекватном осмыслении.

Все вышесказанное актуально и в отношении понятия «источник права», которое традиционно относится к числу наиболее неясных в понятийном аппарате правовой науки и вместе с тем весьма активно используется в рамках российского правоведения.

В последние годы в отечественной науке появилось значительное число работ, посвященных переосмыслению понятия «источник права». Одним из направлений современных исследований является попытка создания универсального всеобъемлющего понятия, основанного на принципах интегративного подхода к праву¹.

Признавая продуктивность и научную ценность подобных подходов нельзя не отметить то обстоятельство, что единая теория источников права должна все же в качестве одного из своих базовых принципов принимать во внимание объективный характер разграничения права на публичное и частное. Подобное объективное деление находит отражение не только на уровне классификации правовых предписаний, но и входит в ткань всех правовых явлений: и норм, и правоотношений, и правовых идей, и правовых действий.

Подобное объективное различие должно находить отражение и в научных исследованиях, в том числе и в современной теории источников права. Назревшей сегодня является необходимость формирования полноценной теории источников публичного и частного права, отыскание объективных различий этих явлений, выявление и объективное исследование процессов их формирования и развития.

Необходимо отметить, что в последние годы появился ряд работ, в которых предпринимается попытка исследования особенностей отдельных источников публичного права². Однако как таковая базовая теория источников публичного права до настоящего времени не сформирована.

Такая ситуация, безусловно, не соответствует потребностям современной науки. Как справедливо заметил Ж.Л. Бержель, «юридические категории – это рудименты науки о праве, по отношению к которой они выступают в роли сырья...»³. Выстраивание системы таких категорий, определение их соотношения с другими понятиями и явлениями – важнейшая задача теории права.

В силу вышеизложенного представляется, что осмысление содержания и значения категории «источник публичного права», анализ аспектов формирования и развития данного явления является одной из актуальных задач теории государства и права, что и обусловило выбор темы диссертации.

Степень разработанности темы. Проблема источников права всегда была в сфере научных интересов отечественных исследователей. В дореволюционный период разработка различных аспектов общей теории источников права нашла отражение в работах Н.Н. Алексеева, Ю.С. Гамбарова, Л.Л. Гервагена, Д.Д. Гримма, В.Н. Дурденевского, Н.П. Дювернуа, А.И. Елистратова, И.А. Ильина, К.Д. Кавелина, Б.А. Кистяковского, Ф.Ф. Кокошкина, Н.М. Коркунова, Н.И. Люблинского, Д.И. Мейера, С.А. Муромцева, Л.И. Петражицкого, И.А. Покровского, А.А. Рождественского, В.И. Синайского, В.С. Соловьева, В.Ф. Тарановского, П.П. Цитовича, Е.И. Трубецкого, Г.Ф. Шершеневича и др.

В советский период эта проблема исследовалась в работах Н.Г. Александрова, С.Л. Зивса, Д.А. Керимова, С.Ф. Кечекьяна, А.В. Мицкевича, С.В. Полениной, Н.В. Сильченко, Л.Р. Сюкияйнена, Ю.А. Тихомирова, А.Ф. шебанова, Л.С. Явича и др.

В современный период проблемы развития системы источников права активно разрабатывают Л.И. Антонова, А.И. Бобылев, В.М. Ведяхин, В.И. Гойман, Н.А. Гущина, Л.Н. Завадская, Т.В. Кашанина, С.Г. Красноярский, Н.М. Кропачев, М.Б. Кулиев, А.В. Малько, А.В. Поляков, В.Н. Протасов, В.В. Сорокин, Н.В. Сильченко, М.М. Султыгов, Н.Н. Червяков, К.В. Шундигов.

Высоко оценивая предпринятые исследователями усилия по изучению отдельных форм внешнего выражения норм публичного права, необходимо отметить, что до настоящего времени не сформирована общая теоретическая и методологическая база для исследования источников публичного права, не выявлены общие закономерности их формирования и развития, что, безусловно, не соответствует потребностям современной науки.

Можно сказать, что настоящая работа является первым монографическим исследованием, посвященным исследованию методологических и теоретических основ исследования источников публичного права в их статическом и эволюционном аспектах.

Объектом исследования являются общественные отношения, формирование и развитие которых выступает основой для построения системы источников публичного права.

Предметом исследования выступают источники публичного права в своих теоретических и практических аспектах.

Цель и задачи исследования. Исходя из актуальности рассматриваемой темы, цель работы заключается в комплексном анализе с позиций общей теории права и государства процесса формирования и развития источников публичного права в его методологических и теоретических аспектах.

С учетом указанной цели и предмета исследования были обозначены следующие конкретные **задачи**:

- проанализировать понятие методологии исследования источников публичного права;
- выявить структуру методологии исследования источников публичного права;
- дать общую характеристику организации деятельности как элемента методологии исследования источников публичного права;

- сформулировать понятие публичного права с учетом многоаспектности явления;
- определить понятие источника публичного права на базе сформулированных в диссертации методологических принципов;
- раскрыть особенности деятельности публичных субъектов в аспектах определения источников публичного права;
- охарактеризовать современные тенденции развития системы источников публичного права;
- сформулировать предложения по совершенствованию системы источников публичного права.

Методологическая основа исследования формируется на основе понимания методологии как теории организации продуктивной мыслительной деятельности.

Структура методологической основы исследования предопределяется природой методологии и включает в себя три элемента: общая характеристика деятельности, логическая структура и временная структура.

Общая характеристика методологии познания источников публичного права предполагает признание полифундаментальности объекта исследования и принципа дополнительности при формировании и развитии научных теорий.

Логическая структура методологии исследования предполагает использование форм, средств, методов деятельности, сформированных различными научными дисциплинами на основе признания методов познания источников публичного права одним из элементов базы построения общей методологии юриспруденции. При этом в процессе исследования использовались такие методы исследования как анализ изучаемых явлений и синтез полученных результатов исследования, индукция и дедукция. В процессе разработки различных аспектов темы использовались также историко-юридический, сравнительно-правовой, статистический, формально-логический, структурно-логический и другие методы познания.

Временная структура методологии исследования предопределяет необходимость выделения самостоятельных фаз, стадий и этапов познания, соответствующих процессу развития научной гипотезы до уровня научной теории.

Теоретической основой данного диссертационного исследования послужили труды российских правоведов дореволюционного, советского и современного периодов.

В ходе исследования исторических и сравнительно-правовых аспектов рассматриваемой проблематики были использованы труды по истории права и правовых учений, а также сравнительному правоведению ряда отечественных и зарубежных авторов, в том числе Э. Аннерса, М. Бартошека, Г.Дж. Бермана, С.В. Васильева, В.Г. Графского, Р. Давида, Д.В. Дождева, Х. Кетца, И.Ю. Козлихина, М.И. Кулагина, О.Э. Лейст, М.Н. Марченко, В.С. Нерсисянца, А.Х. Саидова, Ф.М. Решетникова, Ю.А. Тихомирова, Е.Н. Трубецкого, К. Цвайгерта и др.

В работе используются работы российских правоведов дореволюционного периода, в которых получили отражение проблемы теории публичного права (Ю.С. Гамбаров, Д.Д. Grimm, Н.П. Дювернуа, К.Д. Кавелин, Н.М. Коркунов, С.А. Муромцев, Л.И. Петражицкий, Е.И. Трубецкой, Б.Б. Черепашин, Г.Ф. Шершеневич).

Данное диссертационное исследование было проведено на основе изучения работ по теории права и государства, предметом которых являются понятие права, законодательства, правовой системы, системы права, правотворчества, источников права. При подготовке работы использовались труды таких ученых как А.И. Александров, Н.Г. Александров, С.С. Алексеев, П.В. Анохин, В.К. Бабаев, М.И. Байтин, В.М. Баранов, П.П. Баранов, П.К. Блажко, А.И. Бобылев, Г.А. Борисов, С.Н. Братусь, А.М. Васильев, В.М. Ведяхин, А.В. Венедиктов, А.Б. Венгеров, Л.М. Витченко, Н.Н. Вопленко, Р.Б. Головкин, В.М. Горшенев, Ю.И. Гревцов, В.П. Грибанов, А.П. Дудин, В.Д. Зорькин, Р.Л. Иванов, О.С. Иоффе, В.Н. Карташов, Д.А. Керимов, В.Я. Кикоть, О.А. Красавчиков, М.И. Кулагин, В.В. Лазарев, Р.З. Лившиц, Е.А. Лукашева, Н.С. Малеин, А.В. Малько, Г.В. Мальцев, М.Н. Марченко, Н.И. Матузов, В.С. Нерсисянц, С.В. Поленина, П.М. Рабинович, Ю.С. Решетов, И.Н. Сенякин, В.Н. Синюков, В.В. Сорокин, В.Д. Сорокин, В.М. Сырых, Ю.А. Тихомиров, В.А. Толстик, Ю.К. Толстой, М.Х. Фарукшин, А.Г. Хабибулин, А.Ф. Черданцев, Б.В. Шейндлин, А.Ф. Шебанов, Р.О. Халфина, А.И. Экимов, В.Ф. Яковлев, Л.С. Явич.

Нормативную базу диссертационного исследования образуют: Конституция Российской Федерации 1993г., федеральное и региональное законодательство, подзаконные нормативные акты, акты муниципальных образований.

Научная новизна исследования обусловлена поставленными целями и задачами и заключается в том, что диссертация представляет собой первое монографическое исследование процесса формирования и развития теории

источников публичного права на базе методологии логического полифундаментализма. В работе реализована задача комплексного рассмотрения теоретических правовых проблем, составляющих конструкцию данной темы.

Одним из основных результатов обобщения и систематизации проблемных вопросов выполненного исследования явились сформулированные в диссертации выводы и предложения относительно практических и теоретических перспектив применения методологии логического полифундаментализма к проблемам исследования понятия, а также процессов формирования и развития источников публичного права. С учетом данных общей теории государства и права, конституционного права, административного права, уголовного права, гражданского права, философии, статистики и логики в диссертации намечены нетрадиционные подходы, трактовки и решения рассматриваемых проблем.

В работе сформулировано понятие и даны базовые характеристики современной научной методологии в аспектах ее влияния на формирование теории источников публичного права.

Сделан вывод о необходимости рассмотрения термина «источник публичного права» как номинативного определения с открытым горизонтом теоретических значений.

Выделены и исследованы соотношения категорий «публичное право» и «источник публичного права».

Исследовано понятие и проведена структурная характеристика публичной деятельности как источника публичного права.

Проанализированы особенности развития системы источников публичного права на современном этапе, охарактеризованы причины и содержания тенденции децентрализации источников публичного права.

Научная новизна исследования выражается также в следующих положениях, выносимых на защиту:

1. Методология исследования источников публичного права представляет собой теорию организации мыслительной деятельности, направленной на познание особенностей данного явления во всей формах проявления. В структуру методологии исследования источников публичного права входит три элемента: общая характеристика деятельности; логическая структура деятельности; временная структура деятельности.

2. Основы для характеристики деятельности в сфере познания источников публичного права может формировать любая научная теория, не

воспринимаемая как единственно возможная и безальтернативная. Выбор концептуальной основы должен определяться ситуационным аспектом. Переход от одного исследовательского принципа к другому должен осуществляться свободно с пониманием того, что ни один познавательный инструмент не дает исчерпывающего результата. В связи с этим все концепции источников публичного права должны формироваться и анализироваться на основе принципа дополнительности.

3. Любое научное исследование источников публичного права не должно восприниматься как преобразующая сила для юридической практики в этой сфере. Именно потребности практики должны отражаться в соответствующей теории источников публичного права.

4. Принцип логического полифундаментализма, выступающий базовой характеристикой процесса познания источников публичного права, предопределяет необходимость признания возможности использования любой правовой формы в системе правового регулирования публичных общественных отношений.

5. Признание полифундаментальности любого объекта социальных исследований предопределяет необходимость признания того факта, что в рамках теории источников публичного права возможно исследование самостоятельных правовых явлений, обозначаемых единым термином.

6. При построении понятийно-категориального ряда, используемого для характеристики источников публичного права, необходимо учитывать тот факт, что любое понятие в данной сфере должно обладать «открытым» горизонтом значений, каждое из которых может рассматриваться как самостоятельное.

7. Термин «публичное право» употребляется в настоящее время для обозначения различных, самостоятельных по своей природе и значимости явлений. При этом публичное право – это 1) система нормативной регуляции общественных отношений, складывающихся в процессе политической деятельности; 2) особый тип правового регулирования общественных отношений; 3) особые правоотношения, возникающие в результате специфического воздействия на социальные отношения, характеризующуюся системой власти и подчинения их участников; 4) система текстов, созданных государством или субъектами, уполномоченными государством; 5) особое правовое дозволение, предполагающее применение для его осуществления общественного (государственного) принуждения, результаты которого могут быть в последующем оспорены в суде (арбитражном суде); 6) технический прием, определенная юридическая конструкция, с помощью которой обозначается группа родственных отраслей права.

8. Источниками публичного права являются 1) деятельность публичных субъектов; 2) система текстов, содержащих предписания, регламентирующие общественные отношения, возникающие в процессе деятельности публичных субъектов.

Термин «источник публичного права» необходимо рассматривать как номинативное определение явлений, различных по своей природе и содержанию.

9. Деятельность публичных субъектов является первопричиной формирования публичного права как особой системы правовой регуляции, способной вызвать к жизни и организовывать общественные отношения и должна рассматриваться как источник публичного права. Особенностью данной системы правовой регуляции является тот факт, что ей не соответствуют фактические общественные отношения.

10. Процесс формирования источников публичного права на современном этапе может быть охарактеризован как переход от централизации к децентрализации правотворческих центров, приводящий к дифференциации форм права, используемых для объективации норм публичного права. Причиной трансформации принципов создания источников публичного права является расширение системы функций публичной власти, а также расширение круга публичных субъектов.

Теоретическая значимость результатов исследования. Предложенный в работе подход к формированию методологии и теоретической основы исследования источников публичного права представляет собой новый аспект анализа названного вопроса. Содержащиеся в диссертации выводы дополняют отдельные разделы общей теории государства права, отраслевых юридических наук.

Практическая значимость исследования состоит в разработке и обосновании предложений по совершенствованию российского законодательства, унификации правоприменительной деятельности, а также по определению приоритетов государственной и правовой политики в современной России. Ряд положений работы может быть использован в процессе преподавания курсов «Теория государства и права», «Проблемы теории права», «Финансовое право», «Конституционное право».

Апробация результатов исследования. По теме диссертации опубликовано восемь статей общим объемом 4,66 печатных листа. Основные теоретические положения и выводы диссертации докладывались и обсуждались на заседаниях кафедры теории и истории государства и права Самарского государственного экономического университета. Отдельные результаты исследования были представлены на Международной научно-практической

конференции «Проблемы теории и юридической практики в России» (г. Самара, 2009 г.).

Материалы исследования используются при подготовке лекций и проведении семинарских занятий в Институте права Самарского государственного экономического университета.

Структура работы. Структура работы обусловлена целью, задачами и логикой исследования. Работа состоит из введения, трех глав, заключения и списка использованной литературы. Во введении обосновывается актуальность темы исследования, дается характеристика теоретической и методологической базы работы. В первой главе раскрываются методологические основы исследования источников публичного права. Во второй главе раскрываются теоретические основы формирования понятия «источник публичного права». В третьей главе анализируются особенности деятельности публичных субъектов как источника публичного права, а также выявляются тенденции развития системы источников публичного права на современном этапе. В заключении формулируются общие выводы по результатам исследования и предложения по совершенствованию законодательства и правоприменительной практики.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во введении обосновывается актуальность темы диссертационного исследования, его цели и задачи, формулируются основные положения диссертации, выносимые на защиту.

Первая глава работы «Методологические основы исследования источников публичного права» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе первой главы «Понятие и структура методологии исследования источников публичного права» определяется понятие и анализируются подходы к определению и раскрытию содержания методологии исследования источников публичного права.

Анализ различных подходов к определению понятия и содержания методологии, проведенный в работе, позволил сформулировать авторское определение соответствующего явления. В диссертации методология определяется как теория организации продуктивной познавательной деятельности.

Под организацией в данном случае понимается упорядочение деятельности в целостную систему с четко определенными характеристиками, логической структурой и процессом ее осуществления – временной и логической. Логическая структура включает в себя следующие компоненты:

субъект, объект, предмет, формы, средства, методы деятельности, ее результат. Временная структура предопределяет необходимость выделения логических этапов, стадий научного исследования. Внешними по отношению к этой структуре являются следующие характеристики деятельности: особенности, принципы, условия, нормы.

Суть методологии как теории организации деятельности предполагает, что она появляется не сверху или извне, а в результате поиска общих основ, объединяющих все формы методологической работы применительно к разным практикам, т.е. как квинтэссенция, получившаяся после отыскания общих начал среди различных частнонаучных методологий.

В связи с этим в работе делается вывод о том, что общенаучной методологии в настоящее время нет, но она может в дальнейшем появиться в виде теории об общих принципах, основах мыслительной организации деятельности.

Автор определяет методологию исследования источников публичного права как теорию организации мыслительной деятельности, направленной на познание особенностей данного явления во всех формах проявления.

Методология исследования источников публичного права совпадает с методологией общеправовых исследований, представляя собой разновидность частнонаучной методологии, которая может выступать базой для формирования в будущем общенаучной методологии.

Во втором параграфе первой главы «Характерные особенности методологии исследования источников публичного права на современном этапе» раскрываются особенности принципа логического полифундаментализма в аспектах его реализации применительно к проблеме исследования источников публичного права.

В работе делается вывод о том, что особенностью современного этапа развития методологии социальных исследований является формирование принципа логического полифундаментализма, из которого вытекает следующий ряд принципов, условий:

1. Любая теория не в состоянии охватить исследуемую реальность во всей полноте ее сущностных измерений (ипостасей). То есть каждая теория является описанием лишь определенного аспекта существования полифундаментального объекта.

2. Множество точек зрения на какой-либо объект принципиально неустранима.

3. Ведущим принципом научного познания должен быть принцип дополнительности.

4. Дополнительность (принцип дополнительности) позволяет сохранить самостоятельность, теоретический статус каждого описания и в то же время рассматривать их в определенной системе, в единстве.

В диссертации раскрываются особенности реализации указанных принципов по отношению к процессу исследования источников публичного права и обозначаются следующие перспективы развития методологической ситуации в данной сфере научной теории:

1. Источник публичного права должен восприниматься как полифундаментальный объект, существующий в нескольких самостоятельных ипостасях.

2. Основы для формирования характеристик деятельности в сфере познания источников публичного права может формировать любая научная теория, не воспринимаемая как единственно возможная и безальтернативная. Выбор концептуальной основы должен определяться ситуационным аспектом.

3. Переход от одного исследовательского принципа к другому должен осуществляться свободно, с пониманием того, что ни один познавательный инструмент не дает исчерпывающего результата.

4. Любое научное исследование источников публичного права не должно восприниматься как преобразующая сила для юридической практики в этой сфере. Именно потребности практики должны отражаться в соответствующей теории источников публичного права. В связи с этим представляются несоответствующими потребностям современной науки и практики высказывания относительно невозможности использования той или иной правовой формы в системе правового регулирования публичных общественных отношений.

5. Возможно одновременное сосуществование нескольких альтернативных теорий источников публичного права, сосуществующих по принципу дополнительности.

6. При построении понятийно-категориального ряда, используемого для характеристики источников публичного права необходимо учитывать тот факт, что любое понятие в данной сфере должно обладать «открытым» горизонтом значений.

Вторая глава работы «Теоретические основы исследования источников публичного права» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе второй главы «Понятие публичного права» раскрываются особенности определения понятия публичного права на современном этапе.

Терминологическая конструкция «публичное право» изначально предопределяет необходимость соотнесения этого понятия с объемом и содержанием общего понятия права.

Рассматривая различные теоретические подходы к определению понятия права, автор делает вывод о том, что основной проблемой правопонимания является то, что единым термином «право» обозначаются явления, хотя и тесно связанные, но все же разные. Это обстоятельство должно быть определяющим при формулировании понятия «публичное право».

В работе рассматриваются различные этапы эволюции общей теории публичного права и делается вывод о том, что сегодня термином «публичное право» обозначаются следующие явления:

- система нормативной регуляции общественных отношений, складывающихся в процессе политической деятельности;
- особый тип правового регулирования общественных отношений;
- особые правоотношения, возникающие в результате специфического воздействия на социальные отношения, характеризующиеся системой власти и подчинения их участников;
- система текстов, созданных государством или субъектами, уполномоченными государством;
- особое правовое дозволение, предполагающее применение для его осуществления общественного (государственного) принуждения, результаты которого могут быть в последующем оспорены в суде (арбитражном суде);
- технический прием, определенная юридическая конструкция, с помощью которой обозначается группа родственных отраслей права.

Данные явления должны оцениваться как самостоятельные, и при построении понятия «источник публичного права» должен четко определяться тот аспект, значение термина «публичное право», о котором идет речь.

Во втором параграфе второй главы «Особенности формирования понятия «источник публичного права» рассматриваются различные аспекты эволюции теории источников права, а также формулируется авторская позиция относительно особенностей формирования данного понятия на современном этапе.

В диссертации подробно рассматривается теория источников права в своем эволюционном аспекте, анализируются различные теоретические конструкции данного понятия, на базе которых автор делает вывод о том, что, исходя из принципа логического полифундаментализма, при конструировании понятия «источник публичного права» необходимо признать как возможность сосуществования нескольких правовых теорий на принципе дополнительности, так и особенности формирования юридической терминологии.

Автор подчеркивает, что объективным фактом юриспруденции необходимо признать то обстоятельство, что, во-первых, понятиям, используемым данной наукой могут не соответствовать явления объективной реальности, во-вторых, особенности профессионального языка правоведения допускают возможности метонимии - простого переноса значения слова с одного предмета на другой на основе их связи, какой-то, порой трудно улавливаемой схожести, в форме полисемии как метафоры. Это результат переносного употребления прямого (номинативного) значения слова.

Автор солидаризуется с теми исследователями, которые отмечают, что источник права – так называемое номинативное определение, методологический прием, заключающийся в том, что действительность подводится под какую-либо условную формулу, т.е. допускается явное и заведомое несоответствие между явлением и присвоенным ему именем. В результате такого допущения явление лишь в какой-то части может соответствовать термину; точность соответствия не становится целью; главное в использовании этой фикции – в удобстве и традиционности применения.

В диссертации обоснована мысль о том, что термин «источник публичного права» - понятие с открытым горизонтом значений.

Соотнося понятие «источник права» со смысловыми аспектами категории «публичное право», автор делает вывод, что значение для развития соответствующих исследований в указанном направлении является раскрытие смыслового содержания понятия «источник права» лишь применительно к понятию публичное право как система нормативной регуляции общественных отношений, складывающихся в процессе деятельности публичных субъектов.

В работе делается вывод о том, что термин «источник публичного права» употребляется для обозначения двух самостоятельных явлений: 1) деятельности публичных субъектов; 2) системы текстов, содержащих предписания, регламентирующие общественные отношения, возникающие в процессе деятельности публичных субъектов.

По мнению автора оба смысловых значения термина «источник публичного права» 1) не исключают друг друга; 2) не предполагают их совместного рассмотрения в рамках одной теории и использованием одного и того же инструментария.

Третья глава работы «Особенности формирования и развития источников публичного права» состоит из двух параграфов.

В первом параграфе третьей главы «Деятельность публичных субъектов как источник публичного права» анализируются особенности реализации правосубъектности публичных субъектов как правообразующий для публичного права фактор.

В диссертации делается вывод о том, что публичное право как нормативная система является следствием реализации деятельности публичных субъектов.

Публичность субъекта в этом случае не является свойством, установленным правовыми предписаниями, оно выступает качеством самого субъекта, определяющим в конечном итоге и специфику правового воздействия на соответствующую группу общественных отношений. Именно деятельность и объективный факт существования таких субъектов порождают в конечном итоге ту правовую реальность, которая обозначается как публичное право.

По мнению автора в качестве публичного субъекта должно рассматриваться государство. При этом в диссертации государство рассматривается как особая юридическая личность народа, как способ выразить его интересы в нормах публичного права.

Автор критически оценивает попытки рассматривать государственные органы как носители публичности, полагая, что они представляют собой лишь технико-юридический прием реализации свойства публичности через прием компетенции.

В диссертации отмечается, что в процессе реализации публичной деятельности не формируются какие-либо специфические объекты, с помощью анализа которых можно было бы выявить специфику соответствующих источников публичного права, в связи с чем нецелесообразно оценивать состояние законодательной регламентации с точки зрения исключительности публично-правового регулирования соответствующих объектов.

Во втором параграфе третьей главы «Особенности развития системы источников публичного права на современном этапе» раскрываются перспективы формирования системы текстуального выражения норм публичного права в условиях современных правовых систем, а также выявляются причины и следствия развития тенденции децентрализации источников публичного права.

Автор отмечает, что вопрос о динамике источников публичного права необходимо рассматривать в двух аспектах. С одной стороны, следует продолжать исследование «новшеств» в этой сфере, определять возможные пути развития системы форм публичного права «в ширину». В частности, необходимо осмыслить проблемы применения «нетрадиционных» источников права.

С другой стороны, необходимо оценить систему источников публичного права «в глубину», определив особенности современного периода формирования самих системных связей. По мнению автора, подобный анализ будет более продуктивным, так как позволит не просто констатировать факт наличия или отсутствия того или иного источника публичного права, но создаст инструмент для определения критериев качества соответствующей системы, позволит прогнозировать ее развитие.

Рассматривая особенности публичного права, диссертант указывает, что для публичного права характерна централизация его источников. В общем виде, речь идет о гетерономном, внешнем по отношению к человеку правовом воздействии, которое всегда идет из одного источника – носителя публичной власти. Традиционно в публичном праве практически не используется автономная регуляция, которая предполагает одновременное существование нескольких самостоятельных центров правового воздействия. В связи с этим, для классической концепции публичного права характерна строгая иерархическая система форм права, создателем которой выступает публичный субъект, реализующий свои правотворческие функции. По сути, речь идет о едином правотворческом центре, который лишь при необходимости может делегировать свои полномочия по созданию правил поведения другим лицам. В диссертации подробно анализируются причины формирования подобной системы правотворчества на примере правовых систем Западной Европы.

В диссертации отмечается, что в современной России базовый принцип формирования источников существенно трансформировался, и наметилась тенденция к формированию множества правотворческих центров и децентрализации в системе источников.

В работе показано, что подобная «децентрализация» осуществляется и за счет функционального перераспределения полномочий государственной власти, и за счет формирования иных источников права, ранее не характерных для правовой системы России.

Оценивая тенденции взаимодействия внутринациональных и международных источников публичного права в настоящее время, диссертант

солидаризуется с теми авторами (В.М. Баранов, Н.Г. Доронина, Н.Ю. Еременко), которые полагают, что в сложившихся условиях фундаментальное значение приобретает исследование проблем гармонизации соответствующих правовых предписаний.

Отмечая объективный характер формирования «нормотворческой» судебной практики в России, автор критически оценивает ее потенциал в сфере публичного права. В работе указывается, что природа публичного права предполагает, что отношения сторон, объем их прав и обязанностей должен быть непосредственно урегулирован, как правило, свободы для определения содержания правоотношения закон не оставляет. Во-вторых, пробельность правового регулирования полноценно может быть устранена только путем прямого создания нормы, в противном случае судебные органы будут фактически подменять законодателя, выполнять функции, не свойственные для них; изменение отдельных положений закона без учета системности его действия, может привести к дестабилизации правового регулирования в той или иной сфере. В-третьих, отсутствует механизм отмены правового положения, сформулированного в судебной практике и противоречащего, например, Конституции, поскольку акту высших судов России обжалованию не подлежат. Автор отмечает, что сегодня назрела необходимость научного осмысления данных проблем и выработки технических рекомендаций, реализация которых приведет к гармонизации судебного правотворчества с системой нормативного регулирования в стране.

Заключение диссертации посвящено подведению итогов проведенного исследования. В нем сделаны необходимые обобщения, сформулированы основные выводы, предложения по совершенствованию законодательства, а также определен круг тем для дальнейших исследований по проблемам анализа методологических и теоретических основы исследования источников публичного права.

Основные положения диссертации отражены в следующих работах автора:

Статьи в рецензируемых изданиях, рекомендованных ВАК Минобрнауки России для публикации результатов диссертационных исследований:

1. Каждан Д.И. К проблеме правового закона / Д.И. Каждан // Право и политика. 2009. №5 (113).

Иные научные публикации:

2. Каждан Д.И. Проблема соотношения права и закона в контексте формирования современной теории источников права / Д.И. Каждан // Актуальные проблемы правоведения. Самара, 2008. №3(21). С. 10-13.

3. Каждан Д.И. Нормативный договор как источник публичного права / Д.И. Каждан // Вопросы экономики и права. 2008. №4. С. 31-34.

4. Каждан Д.И. Некоторые проблемы развития системы источников публичного права / Д.И. Каждан // Правовое регулирование деятельности хозяйствующего субъекта: Материалы 7-й междунар. науч-практ. конф. «Проблемы развития предприятий: теория и практика», 27-28 нояб. 2008 г. – Ч.3. - Самара: Изд-во Самар. гос. экон. ун-та, 2008. С.120-122.

5. Каждан Д.И. К вопросу о понятии «закон» / Д.И. Каждан // Вопросы экономики и права. 2009.№2. С. 35-38.

6. Каждан Д.И. Некоторые проблемы реализации концепции децентрализации источников публичного права на примере налогового права / Д.И. Каждан // Вопросы экономики и права. 2009.№3. С. 36-39.

7. Каждан Д.И. Теоретические проблемы децентрализации источников публичного права / Д.И. Каждан // Проблемы теории и юридической практики в России: Материалы 6-й междунар. науч.-практ. конф. молодых ученых, специалистов и студентов. 8-9 апреля 2009 г. - Ч. 2. - Самара: Изд-во Самарск. гос. экон. ун-та, 2009. С. 134-136.

8. Каждан Д.И. Теоретические проблемы определения понятия публичного права / Д.И. Каждан. - Самара: Самарское отделение Лит-фонда, 2009. - 19с.

Общий объем опубликованных работ – 4,66 п.л.

¹ См., например: Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права. - Тольятти, 2001.

² Миронова И.Н. Правовой обычай как источник современного российского публичного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009; Ярмухаметов Р.З. Договор как источник публичного права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Уфа, 2002 и другие.

³ Бержель Ж.Л. Общая теория права. – М., 2000. – С. 339.