Глава I. **Понятие формы права**

Форма- одна из центральных категорий философии. И чтобы правильно разобраться в проблеме формы права, надо ясно пред­ставлять познавательные возможности категории «форма». Ко­нечно, это предмет философии, и потому при характеристике этой сложной, противоречивой категории ограничимся лишь самыми краткими замечаниями.

Парной для категории «форма» выступает философская кате­гория «содержание».Содержание, будучи определяющей сторо­ной целого, представляет единство всех составных элементов объ­ектов, его свойств, связей, состояний, тенденций развития.

**А** форма есть **способ существования, выражения** и **преобразо­вания содержания.**

К праву категория «форма» применяется в двух основных зна­чениях:

а) правовой формы;

б) формы самого права.

Правовая форма - вся правовая реальность. В этом случае речь идет о пра­вовых явлениях, опосредующих экономические, политические, бытовые и иные фактические отношения, конкретные виды дея­тельности. Понятие правовой (юридической) формы применимо, когда раскрывается связь права (или любого правового явления) с иными социальными образованиями, процессами, состояниями и отношениями.

Форма права, по мнению доктора юридических наук В. М. Баранова, - это форма именно права как отдельного, само­бытного явления и соотносится она только с содержанием права. Ее назначение - упорядочение содержания права, придание ему свойств государственно-властного характера.[[1]](#footnote-1)

По мнению же А. Б. Венгерова, под формой права понимается объективированное закрепление и проявление содержания права в определенных актах государственных органов, решениях судов, договорах, обычаях и иных источниках.

Но прежде чем рассмотреть эти акты, решения, договоры и иные источники права, необходимо сделать несколько общих замечаний.

Прежде всего о том, что не все ученые юристы и философы соглашались с подобным номативистским подходом к форме права. Те, кто опирался на естественно-правовые концепции, возводил право и закон, полагали, что право – естественные, неотчуждаемые права – закрепляется, выражается в различных рациональных построениях (как одна из форм общественного сознания), в нравственных началах (у тех, кто сводит право к справедливости или приплюсовывает справедливость к закону и объявляет эту совокупность правом). Ту же часть права, которая идет от государства, от власти путем установления или признания правил поведения и формально закрепляется в различных актах и иных источниках, приверженцы естественно-правовых концепций обозначают как положительное, позитивное или объективное право.

Таким образом, вопрос о форме права становится одним из основных узлов, которые пытаются развязать как нормативисты, так и сторонники естественно- правовой концепции, поле теоретических сражений разного понимания права.

К этому надо добавить и дополнительные проблемы, которые вносят сто­ронники психологической школы права, в понимании формы права. Л. Петражицкий и его сторонники предложили различать и такие формы права, как объективное и интуитивное право, полагая формой последнего сочета­ние неких атрибутивных и императивных притязаний, проявляющих себя в комплексе, в эмоциональной сфере адресата права. Таким образом, одной из форм права - интуитивному праву - придается чувственный и рациональ­ный характер. Но Л. Петражицкий и его последователи это определение формы права используют для критики и противопоставления объективной, позитивной форме права. Идет речь у них о крестьянском, рабочем праве или о «нашем», «моем», «чужом» праве и т. д.

Однако надо обратить внимание и на следующее. Действительно, на про­тяжении длительной истории существования права как социального инсти­тута развивались и изменялись взгляды на форму права. И связано это было с разными условиями и потребностями того или иного этапа общественного развития, прежде всего в Европе.

Уже юристы Древнего Рима выделяли в праве всех народов нечто общее, присущее всем системам, и особенное, те черты права, которые были характерны для отдельных государств и правовых систем.

«Все народы, - писал Гай, - которые управляются на основании законов и обычаев, пользуются частью своим собственным правом, частью правом, общим для всех людей». А в XIII веке Фомой Аквинским была предложена концепция о двух формах существования права: в виде божественного закона, закреплявшего гуманистические и нравственные начала появления ису­ществования человечества, и в форме законов, идущих от власть предержа­щих, от государства, от человека.

Затем в XVIII-XIX веках резко усилилась дискуссия о соотношении есте­ственного и позитивного (законодательного) права. Сторонники естественного права действительно могли опираться в своих логических построениях на подчас отсутствие разумных, нравственных обоснований законодательства абсолютистских монархий, прежде всего закреплявших крепостничество, произвол, дикие формы судопроизводства и т. п. Вспомним знаменитое выражение одного из выдающихся просветителей: человек рождается свободным, а везде он в оковах!

В атмосфере европейского просвещения критика законодательства с позиций разума, морали, которая опиралась на выведенные и сформулированные трудами просветителей естественно-правовые идеалы (право на жизнь, на свободу, на безопасность, на собственность и др.) имела, конечно же, по­рой отдельное и даже сокрушительное для абсолютизма значение. Как имела такое же значение и критика с естественно-правовых позиций в XX веке со­циалистического законодательства. Эта критика опиралась на так называе­мое «широкое» понимание права, в которое вкладывались рациональные естественно-правовые идеи. Критиковалось, в частности, «узкое» понимание права, которое, по мнению критиков, сводило форму права лишь к законам.

В XX веке естественно-правовая доктрина приобрела форму концепции о правах и свободах человека, причем набор этих прав и свобод стал общепризнанным и четко определенным. И самое главное - эти права и свободы перестали быть некими логическими построениями, результатами умствен­ных усилий тех или иных юристов и философов, а приобрели юридически законченную форму. Они вошли в четко очерченных формулировках в меж­дународные декларации, конституции, иные акты. Особенно значимым яв­ляется закрепление прав и свобод человека, составляющих ядро в основопо­лагающих разделах конституций.

Таким образом, в XX веке по критерию формы права исчезает разница между естественно-правовыми положениями, вытекающими из самого существования человека (его основными правами и свободами), и другими правовыми положениями. Форма становится единой для всех сфер права - объективированное закрепление получают все правила поведения в актах и иных источниках.

Некоторые ученые полагают, что в этой связи надо говорить о двух фор­мах права - внешней и внутренней. По их мнению, внешняя форма - это закрепленные в актах и иных источниках объективированные правила пове­дения, а внутренняя - эта та самая формальная определенность, которая четко закрепляет меру свободы, границы, масштаб поведения в конкретной норме, устанавливает ее иерархию в системе права, отражает иные аспекты устройства права как системы.[[2]](#footnote-2)

Итак, выделяют внешнюю и внутреннюю формы права.

Внутренняя форма права - это его структура и связи. К ней надо отнести систему права, горизонтальную и вертикальную структуры соподчиненности всех ее элементов. Рассмотрим внешнюю форму права.

В отечественном правоведении нет единого мнения относитель­но того, что следует понимать под внешней формой права. Во многом это определяется тем, что тот или иной автор считает содержанием права. Некоторые авторы полагают, что содержание права составляет государственная воля, а форма права - это юри­дические нормы.

Думается, ближе к истине те ученые, которые содержанием права признают не государственную волю (это сущность его), а юридические нормы, и в этой связи формой именуют источники права. Правовая норма - это не форма права, а само право.

Раскрыть внешнюю форму права - значит выяснить, какими способами данная экономически и политически властвующая группа «возводит в закон» свою волю и, соответственно, какие формы выражения приобретают правовые нормы. Право всегда воплощается в определенные формы, оно всегда является форма­лизованным.

Теория права несколько веков оперирует также понятием «ис­точник права», посредством которого раскрываются те факторы, которые вызывают к жизни, обусловливают правовые нормы. Тер­мин «источник права» юриспруденции известен давно. Еще рим­ский историк Тит Ливии назвал законы XII таблиц источником всего публичного и частного права. Слово «источник» в этой фразе употреблено в смысле корня, из которого выросло могучее дерево римского права. Принято выделять:

а) источник права в матери­альном смысле;

б) источник права в идеальном (ранее называли — «идеологическом» смысле);

в) источник права в юридическом (формальном) смысле.

Источником права в материальном смысле являются разви­вающиеся общественные отношения. К ним относится способ про­изводства материальной жизни, материальные условия жизни об­щества, система экономико-хозяйственных связей, формы собст­венности как конечная причина возникновения и действия права. Названная категория выражает социальную обусловленность права.

Под источником права в идеальном (идеологическом) смысле понимают правовое сознание. Речь идет о концепциях, идеях, тео­риях, чувствах, представлениях людей о действующем и желае­мом праве, о юридической деятельности, под воздействием кото­рых создается, изменяется и действует право. Господствующая правовая идеология, ведущие национальные идеи - главный ис­точник формирования права.

Когда же говорят об источниках в юридическом смысле, то имеют в виду различные формы (способы) выражения, объективизации правовых норм.

Иными словами, под **источником права в юридическом смысле понимаются формы выражения, объективизации нормативной государственной воли.**Это и есть внешняя форма права в истинном значении термина. Форма права показывает, каким способом государство создает, фиксирует ту или иную правовую норму и в каком виде (реальном образе) эта норма, принявшая объективный характер, доводится до сознания членов общества. Следовательно, внешнюю форму права можно определить как способ выражения,   
существования и преобразования (изменения или отмены) правовых норм, действующих в определенном государстве.[[3]](#footnote-3)

Глава II. **Виды форм права**

Понятие «форма права» получило свое широкое распространение в XIX веке, стало предметом исследования в отечественной теории государства и права. Ученые выделяли два главных способа образования норм права. Первый проистекал из решающего участия государства в создании правовой нормы. Это был, по их мнению, наиболее распространенный способ. Прямое предписание власти устанавливало законы, обязательные для всех членов общества. Но нормы позитивного права, отмечали они, могут возникать и без непосредственного участия законодателя – они складываются в виде обычая и уже затем утверждаются законодателями. Эти две формы права – закон и правовой обычай – и называли в XIX веке источниками права. В этом смысле источник права, как утверждалось в дореволюционной юридической литературе, - это тот определенным образом формализованный акт, откуда и черпаются, проистекают сведения о правиле поведения. Однако высказывались и иные взгляды на источник права. Под источником права предполагалось понимать силы, причины, образующие право, но вовсе не те причины, которые так или иначе влияют на содержание правовых норм, а только на те причины или силы, которые сообщают тем или другим правилам значение правовых норм, то есть обеспечивают их обязательность. Словом, существовали разные подходы к определению источника права. Но в современной теории права особых проблем с этим понятием уже не возникает.

Учитывая предыдущие разработки, в том числе в дореволюционной литературе, наиболее распространенным является вывод, что понятие источник права – это синоним понятия формы права. Поэтому в учебных курсах по теории права можно встретить такое обозначение темы «формы (источники) права». В этом контексте говорится и о видах источников права. При этом имеется в виду формы права (акты государственных органов, прецедентные решения и т. д.)[[4]](#footnote-4).

**2.1Правовой обычай.**

Исторически он был первым источником права, регулировавшим отношения в период становления государства.

Вообще под обычаем понимается правило поведения, сложившееся на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений. Обычаи – требования, подкрепленные длительной традицией. Правовым обычай становится после того, как получает официальное одобрение государства.

Примеры такого признания государством правовыми обычаев можно найти в статьях 130, 131, 132 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации (утвержден Президентом Российской Федерации 30 апреля 1999 года).

В частности, в части 1 статьи 130 Кодекса установлено, что срок, в течение которого перевозчик предоставляет судно для погрузки груза и держит его под погрузкой без дополнительных к фрахту платежей (сталийное время), определяется соглашением сторон, при отсутствии такого соглашения сроками, обычно принятыми в порту погрузки.

Аналогичное правило установлено в статье 132: «Размер платы, причитающейся перевозчику за простой судна в течение контрсталийного времени (демередж), определяется соглашением сторон, при отсутствии такого соглашения согласно ставкам, обычно принятым в соответствующем порту…»[[5]](#footnote-5)

Дошедшие до нас крупные законодательные памятники прошлого (Законы Ману, Русская Правда) – это сборники правовых обычаев.

Природа правового обычая характеризуется следующими особенностями. Он, как правило, носит локальный характер, т. е. применяется в сравнительно небольших общественных группах людей. Юридические обычаи часто тесно *связаны с религией.* В Индии, например, обычное право входит в структуру индусского права. К основным чертам правового обычая и обычного права в целом относятся: стихийность и спонтанность возникновения; ритуальность; казуистичность; традиционность.

Правовой обычай отличается определенностью правила, непрерывным и единообразным характером его соблюдения. Нормы правового обычая нередко выражается в пословицах, поговорках, афоризмах, обычаях.

Вряд ли верно полагать, что правовые обычаи – архаичное явление, потерявшее в настоящее время всякое значение. Как свидетельствуют новейшие исследования, правовые обычаи широко применяются при регулировании общественных отношений (особенно земельных, наследственных, семейно-брачных) в государствах Африки, Азии, Латинской Америки[[6]](#footnote-6) и Океании. В этих странах обычай стал частью общенациональной системы права, на основе них осуществляется правосудие. Так, в Англии конституционные обычаи по-прежнему оказывают влияние на политическую жизнь. Английские законы часто основываются на нормах обычая. Причем обычаи нигде не фиксируются, а существуют в форме поговорок: «Король должен согласиться с биллем, прошедшим через обе палаты Парламента» или «Лидер партии большинства – Премьер-Министр» и т. д.[[7]](#footnote-7) Отдельные обычаи, вошедшие в древние законы той или иной страны, действуют без изменений до сих пор. Например, в Таиланде по сей день бытует закон, определяющий условия развода супругов, выработанные еще в процессе формирования обычаев. Муж и жена в присутствии свидетелей одновременно зажигают по свече одинаковых размеров. Тот из супругов, чья свеча догорит первой, должен покинуть дом, не взяв с собой ничего из имущества. Можно сомневаться в рациональности подобных обычаев, но отрицать их реальное действие невозможно.[[8]](#footnote-8)

Правовой обычай – обычай, применение которого обеспечивается санкцией государства. Его следует отличать от обычая, представляющего собой моральную норму, религиозное правило, нравы. Санкционирование обычая может осуществляться путем восприятия его судебной, арбитражной или административной практикой. Решение государственного органа, в котором применен обычай, признается соответствующим государством и может быть принудительно исполнено.

Обычай по природе своей носит консервативный характер. Он закрепляет то, что сложилось в результате длительной общественной практики. Нередко обычай отражает обывательские предрассудки, расовую и религиозную терпимость, исторически сложившееся неравноправие полов. Такие обычаи в целях социальной безопасности, общепринятой морали и личного благополучия граждан государство вполне оправдано запрещает. Согласно древним обычаям цыган, труп человека тревожить нельзя ни под каким видом. Известны случаи, когда препятствуют проведению судебно-медицинских экспертиз тел убитых сородичей. Понятно, что такой обычай не может быть воспринят современным российским уголовно-процессуальным законодательством.

Государство к различным обычаям относится по-разному: одни запрещает, другие одобряет и развивает[[9]](#footnote-9).

Обычай, который складывается ныне в административной практике и связан с установившимся спонтанно, самоорганизационно порядком работы с документом, его оформлением, называется деловым обычаем или деловым обыкновением. Порой он оформляется нормативно-правовым актом, например, инструкцией по делопроизводству, порой действует в силу привычек, заведенного порядка.

Обычай, который получает молчаливое или специальное признание в международных, межгосударственных отношениях, также играет большую роль, например, дипломатический этикет[[10]](#footnote-10).

Советское право обычай практически не восприняло. Последние отсылки к обычаю содержал Земельный кодекс РСФСР 1922 года в главе, регулирующей раздел крестьянского двора.[[11]](#footnote-11)

Французский правовед Рене Давид выделял три вида обычаев в зависимости от их роли в правовой системе:

* наибольшее значение сохранили обычаи «в дополнение к закону», назначение которых состоит в уточнении смысла оценочных понятий, используемых в законе (например, разумная цена, злоупотребление правом);
* менее важную роль играют обычаи «кроме закона», которые используются в случае пробела в законодательстве;
* существуют обычаи «против законов», когда закон и обычай по-разному регулируют одно и тоже общественное отношение. В случае коллизии обычно действуют нормы закона.[[12]](#footnote-12)

Можно выделить несколько составляющих правового обычая как источника права:

1. Правовой обычай как источник права – это неоднократно и достаточно широко применяемое правило поведения, отражающее содержание общественных отношений, которому придана форма позитивного права, то есть это обычай санкционированный государством.
2. Неразрывная связь содержания и юридической формы позволяет сформулировать значение термина «обычное право». Это дает основание считать, что генезис обычного права начинается с обычной нормы, которая на определенном этапе развития общества выступает индикатором важнейших, жизненно необходимых социальных ситуаций, действует в отношении всех, кто попадает под её содержание и что в дальнейшем она переходит в разряд норм позитивного права.
3. К основным способам государственного санкционирования обычаев относятся: законодательное; правоприменительное; ведомственное и других государственных органов; договорное; «молчаливое» санкционирование посредством соблюдения обычая в деятельности государственных органов и учреждений; признание государствами международного обычая; государственное санкционирование обычаев, систематизированных и признанных организациями.
4. Можно выделить несколько основных субъектов санкционирования правовых обычаев: государство как основной субъект, осуществляющий санкционирование через государственные органы исполнительной, судебной и законодательной власти; стороны договора; негосударственные организации; государства как субъекты международного права.[[13]](#footnote-13)

**2.2 Правовой прецедент.**

В последние годы в российских правовых исследованиях стало уделяться большое внимание анализу судебной практики, её роли в правовой системе.[[14]](#footnote-14) Это связано с тем, что судебный прецедент относится к тем немногим понятиям в правовой науке, по которым высказываются самые противоречивые точки зрения. Не только российские, но и зарубежные ученые-юристы до сих пор не могут договориться о его правовой природе.[[15]](#footnote-15)

В юридическом энциклопедическом словаре прецедент (от лат. praecedentis – предшествующий) определяется как поведение в конкретной ситуации, которое рассматривается как образец при аналогичных обстоятельствах.[[16]](#footnote-16)

Правовой прецедент – решение по конкретному делу, являющееся обязательным для организации той же или нижестоящей при решении аналогичных дел либо служащее образцом толкования закона, не имеющим обязательной силы.[[17]](#footnote-17)

С течением времени прецедент не утрачивает своей силы, а переходит из поколения в поколение. Объясняется это тем, что английская норма права тесно связана с обстоятельствами конкретного дела и применяется для решения дел, аналогичных тому, по которому данное решение было принято. Такую роль права нельзя сделать более общей и абстрактной. Эти нормы на деле являются прямым отражением общечеловеческих ценностей.[[18]](#footnote-18)

Определяющая роль в разработке концепции судебного прецедента сыграла классическая школа естественного права в лице английского правоведа Блэкстона. Сторонники естественного права не признают факт судейского нормотворчества. В свое время Блэкстон провозгласил деклараторную теорию права, согласно которой судьи не творят право, а лишь декларируют естественно-правовые нормы. Блэкстон полагал, что судьи не творцы, а оракулы права.

Сторонники позитивизма признают факт существования судейского нормотворчества, право судов как государственных органов творить право. Приверженцы аналитического позитивизма рассматривают судебный прецедент как источник права, а сторонники социологического направления стремятся все право свести к прецедентному. Согласно наиболее распространенному в современной правовой литературе в странах «общего права» определению, прецедентное право представляет собой право, состоящее из норм и принципов, созданных и применяемых судьями в процессе вынесения ими решения.[[19]](#footnote-19)

Несмотря на видимые разночтения данного понятия, существует наиболее традиционное понятие.

Прецедент – это норма права, сформулированная в конкретном судебном или административном решении, доминирует в странах англосаксонского права (Англия, США, Канада, Австралия и т. д.).

Из этого можно сделать вывод, что существует две ветки прецедентного права: судебная и административная.

При прецедентной форме права судебные (а иногда и административные) органы фактически обладают властью создавать новые правовые нормы. При прецедентной форме право неизбежно отличается крайней сложностью и запутанностью, что, безусловно, может облегчать произвол со стороны недобросовестных должностных лиц. В силу разных причин теория и практика социалистического типа права не признавали и не признают прецедентную форму права. Официальная доктрина стояла на позиции – при режиме социалистической законности судебные и административные органы должны применять право, а не творить его. Но, несмотря на такую позицию социалистов, Англия до сих пор не без успеха использует такую форму права.

Результатом правоприменительной деятельности нередко является выработка правоположений, для которых характерна известная степень обобщенности и обязательности.

Правоположения – это концентрированное выражение юридической практики. В силу этого они в состоянии компенсировать естественное отставание норм права от динамики общественных отношений, могут устранять противоречия между относительным «консерватизмом» права и изменчивостью общественной жизни. Разумное использование правоположений обеспечивает стабильность правопорядка, укрепляет законность, придает устойчивость проводимой государством политике.[[20]](#footnote-20)

Так, в Англии высшей судебной инстанцией является Палата Лордов, её решения обязательны для всех судов страны. Следующей инстанцией является Апелляционный суд, решения которого обязательны для всех судов кроме Палаты Лордов. Наконец, третья инстанция – Высший суд Правосудия, решения которого становятся обязательными для судов низшей инстанции.[[21]](#footnote-21)

Для Российской Федерации признание судебной практики судов общей юрисдикции по-прежнему остается на уровне половинчатого решения о роли «разъяснений» Высшего Суда, а также Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ.[[22]](#footnote-22) Однако, и в теории, и на практике признано, что суды вправе и обязаны решать конкретные дела, применяя эти разъяснения. Опираясь на толкование, данное в решениях высших судов, все больше утверждается мнение о том, что если Верховный или Высший Арбитражный Суд защитил те или иные интересы, требования или поведение как законные или отверг как незаконные, то тем самым дал основания к новому пониманию данных правовых норм. И как это было показано на примерах признания значения судебной практики в дореволюционном российском праве и в других странах континентальной «правовой семьи», именно в этом, а не в противопоставлении закону судебного прецедента, состоит роль судебной практики как особого источника права в странах континентальной системы права. То понимание, которое укрепится в судебной практике и будет обобщено и подтверждено Высшим судом, выступает как бы вторичным, углубляющим и дополняющим закон и другие нормативные правовые акты источником права.

Принципиально новую роль в воздействии на законодательство играет деятельность Конституционного Суда Российской Федерации, разрешающего дела о соответствии Конституции законов и иных нормативных актов высших органов Российской Федерации, Конституций, Уставов, законов и иных нормативных актов субъектов Российской Федерации, а также дающего толкование Конституции. Акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу и не подлежат применению (ст. 125 Конституции РФ).[[23]](#footnote-23) В результате законодатель приводит нормы закона в соответствие с постановлениями Конституционного Суда.[[24]](#footnote-24) И тем самым можно сказать, что решения Конституционного Суда Российской Федерации для остальных судов РФ являются прецедентными, но не обязательными.

**2.3 Юридическая наука (правовая доктрина).**

На определенных этапах развития юридическая наука тоже служит его формой. Так, наиболее выдающимся римским юристам предоставлялось право давать разъяснения, обязательные для судов. В настоящее время продолжает выступать в качестве формы права мусульманско-правовая доктрина, что подтверждается законодательством арабских стран. Например, семейное законодательство Египта, Сирии, Судана, Ливана предусматривает, что в случае молчания закона судья применяет «наиболее предпочтительные выводы Абу Ханифы».[[25]](#footnote-25) Был период, когда и религиозные трактаты выступали формой права.

В российском государстве юридическая наука играет большую роль для развития правовой практики, совершенствования законодательства, правильного толкования закона, но официальным источником права не признается. Скорее всего, это еще одно вредное последствие тоталитарной государственной системы, укрепившейся у нас, когда только акты государственной власти имели силу, а все остальные документы и источники относились к разряду вспомогательных и несущественных. Мировой опыт свидетельствует, что значение правовой доктрины как формального источника падает, но её роль в качестве неформального элемента правообразования и правореализации растет.

Роль правовой доктрины как жизненного источника права проявляется в том, что она создает понятия и конструкции, которыми пользуется правотворческий орган. Именно юридическая наука вырабатывает приемы и методы установления, толкования и реализации права. К тому же сами творцы права не могут быть свободны от влияния правовых доктрин: более или менее осознанно, но им приходится становиться на сторону той или иной юридической концепции, воспринимать её предложения и рекомендации.[[26]](#footnote-26)

**2.4 Договоры нормативного содержания.**

Договоры нормативного содержания – это совместные юридические акты, выражающие взаимное изъявление воли правотворческих органов, встречное принятие на себя каждым из них юридических обязанностей. Это такие документы, в которых содержится волеизъявление сторон по поводу прав и обязанностей, устанавливается их круг и последовательность, а также закрепляется добровольное согласие выполнять принятые обязательства. Имеют широкое распространение в конституционном, гражданском, трудовом, экологическом праве.[[27]](#footnote-27)

По мнению Кулапова В. Л., нормативно-правовой договор – это соглашение между субъектами по поводу совместной деятельности, представляющее их общий интерес и содержащее нормы права.[[28]](#footnote-28)

В п. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации говорится о том, что «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью её правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».[[29]](#footnote-29)

В настоящее время сформировались три основных подхода к рассматриваемой проблеме:

а) договор – это всегда индивидуально-правовой акт, который источником права быть не может;

б) некоторые договоры из общей массы договоров и соглашений имеют нормативный характер, выступая источником права;

в) любой договор содержит нормы права – локальные или микронормы, и поэтому все договоры по сути являются источниками права.

По мнению А. В. Демина, право есть прежде всего система прав, а не система норм. По своей сути право имеет социальное, а не государственное происхождение. Поэтому правотворчество не является исключительной привилегией государства. Правовая наука должна признать множественность источников права, включая и нормативные договоры. Такой подход является наиболее правильным.

Нормативные договоры (международные, федеративный договор, между субъектами Российской Федерации, ряд отраслевых и межведомственных соглашений, коллективные соглашения и др.) непосредственно содержат правовые нормы и являются источниками права.

У истоков этой концепции в России стояли Ф. Ф. Кокошкин, В. Ф. Тарановский и Н. Г. Александров.

В русской правовой школе на существование нормативных договоров указывал В. Ф. Тарановский. Согласно его концепции существуют договоры-сделки и договоры нормативного типа. Последние обладают следующими признаками:

а) договаривающиеся стороны стремятся к единой цели – установлению юридической нормы;

б) мотив у договаривающихся сторон один и тот же – наличие потребности в такой норме;

в) договор такого типа создает юридическую норму.

Попытки выявить нормативные элементы в договоре предпринимались и в советское время. В частности, Н. Г. Александров отмечал наличие в реальной жизни особой категории договоров, посредством которых образуются юридические нормы. В одних случаях такие нормообразующие договоры сами по себе являются разновидностью источников права (в международном, государственном и административном праве). В других – соглашение о нормах становится источником права при условии признания за ним такого значения государственной властью. По мнению этого автора, договор является источником права в том случае, если он влечет возникновение юридической нормы или группы юридических норм; тогда договор становится ближайшей силой, создающей договорные («конвенциональные») юридические нормы.

Идея выделения договоров нормативного характера в настоящее время получает дальнейшее развитие, завоевывая новых сторонников. Данное обстоятельство связано с возрождением и укреплением позиций естественно-правовой школы. В частности, идея общественного договора как основы социального и государственного устройства неоднократно поднималась в ходе работы над действующей Конституцией Российской Федерации, а затем нашла свое отражение в Договоре об общественном согласии 1994 г. При этом вызывает интерес сама идея, теоретическое обоснование данного вида договора, а не его реальное воплощение и роль общественной жизни.

В целом перечень нормативных договоров и соглашений у различных авторов совпадает. О. Г. Румянцев относит к ним международные договоры, федеративный договор, различные договоры и соглашения между федеральными органами государственной власти и государственными органами власти субъектов Российской Федерации о взаимной передаче части своих полномочий и предметов ведения, соглашения между субъектами РФ. Вышеуказанные договоры О. Г. Румянцев называет нормативными актами, исходя из широкого понимания права как сложного явления.[[30]](#footnote-30)

На наш взгляд, все договоры по их функционально-содержательной природе могут быть разделены на индивидуальные (юридические факты) и нормативные (источники права). Нормативный договор можно определить как договорной акт, устанавливающий правовые нормы (правила поведения), обязательные для многочисленного и формально неопределенного круга лиц, рассчитанный на неоднократное применение, действующий независимо от того, возникли или прекратились предусмотренные им конкретные правоотношения.

Выделим следующие признаки нормативного договора.

Во-первых, правовая база нормативных договоров содержится в Конституции и действующем законодательстве РФ. Эти договоры выполняют правовополнительную функцию, дополняя и конкретизируя действующее законодательство РФ.

Во-вторых, в нормативном договоре в качестве хотя бы одной из сторон предполагается участие органа государственной власти, причем чем более высокое место в управленческой иерархии занимает государственный контрагент, тем выше юридическая сила договора.

В-третьих, нормативные договоры заключаются в публичных интересах, их целевая направленность – это достижение общего блага, т. е. общественные цели здесь преобладают.

В-четвертых, нормативные договоры содержат правила поведения, регулирующие поведение не только (а иногда и не столько) непосредственных участников договора, сколько иных коллективных и индивидуальных субъектов. Нормативный договор, таким образом, не замыкается внутри системы договаривающихся сторон, но имеет и внешне юридическое воздействие.

В-пятых, многочисленность и неопределенность адресатов договорных норм, т. е. тех субъектов, на которых направляется юридическое воздействие договора.

В-шестых, договорные нормы всегда рассчитаны на длительное воздействие и неоднократное применение.

В-седьмых, нужно отметить особую, строго формальную процедуру заключения нормативных договоров и специальный порядок рассмотрения споров и конфликтов, связанных и с их исполнением.

В-восьмых, недопустимость в любых обстоятельствах изменения или отказа от исполнения договорных условий в одностороннем порядке. Нормы форс-мажор здесь не применимы.

В-девятых, в отличие от индивидуальных договоров, содержание которых, как правило, составляет коммерческую тайну, для нормативного договора характерно его официальное опубликование, неопубликованный нормативный договор по общему правилу не порождает правовых последствий.

Перечисленные признаки нужно рассматривать системно. Скажем, коллективные договоры не обладают некоторыми из вышеуказанных свойств, что не лишает их нормативных качеств. На практике встречаются правовые акты смешанного характера, содержащие как нормы права, так и индивидуальные предписания.[[31]](#footnote-31) «Один и тот же договор в одной части может устанавливать юридические нормы, а в другой – конкретные субъективные правомочия и обязанности сторон».[[32]](#footnote-32)

**2.5 Нормативно-правовые акты.**

Нормативно-правовой акт – это изданный в особом порядке официальный акт-документ компетентного правотворческого органа, содержащий нормы права.[[33]](#footnote-33)

Нормативный правовой акт— одна из основных, наиболее распространенных и совершенных внешних форм современного права. Эта форма права превалирует в странах континентальной Европы (Германия, Австрия, Испания, Франция, РФ) и относится к романо-германскому типу права. Это государственный акт нормативного характера. Государственные акты, которыми разрешаются индивидуально-конкретные дела, в отличие от нормативных актов, называются индивидуальными. Нормативные акты содержат юридические основания (нормы права) для разрешения индивидуальных дел. Нормативно-право­вой акт выступает не только источником в юридическом смысле, но и фактическим источником: это ведь тот познавательный ре­зервуар, из которого люди черпают сведения об юридических нор­мах. Кратко, нормативный акт можно определить как акт пра­вотворчества, содержащий нормы права.К нормативным право­вым актам относятся Конституция государства, иные законы, а также система подзаконных актов (указы Президента, постановления Правительства, приказы и инструкции министерств, ве­домств, госкомитетов, решения местных органов власти). Норма­тивный правовой акт признается основной*,* господствующей во всех современных цивилизациях формой права в силу вполне объ­ективных причин. Ведущая роль нормативных правовых актов в системе источников права объясняется следующими обстоятель­ствами.

Во-первых, при его помощи достигается наиболее точное и полное выражение юридических норм, верное отражение реальной деятельности и перспектив ее развития. Это помогает проводить единую правовую политику, не допускать произвольного толко­вания и применения юридических норм.

Во-вторых, усложнение общественной жизни и в западных де­мократиях, и на Востоке, рост темпов нынешнего общественного развития, возросшая политизация граждан с неизбежностью вле­кут повышение роли нормативных актов в системе юридических источников права.

В-третьих, именно нормативные правовые акты (а не какие-либо другие внешние формы права) более всего приспособлены к постоянному обновлению действующего права. Иными словами, нормативный правовой акт, хотя имеет особые процедуры приня­тия, может быть издан оперативно, в любой своей части изменен, что позволяет ему быстро (по сравнению с иными формами права) реагировать на социальные процессы.

В-четвертых, нормативные правовые акты легко систематизи­руются и кодифицируются, что в дальнейшем позволяет легко осу­ществлять поиск нужного документа для его реализации.

С введением рынка, развитием частнопредпринимательской  
деятельности, появлением частных крупных фирм и предприятий малого бизнеса, функционированием совместных с иностранными концернами предприятий, следует ожидать появления некоторых новых, не существующих пока форм права. Ви­димо, рано или поздно нам придется признать нормативные акты частных организаций. Нельзя, очевидно, будет игнорировать нор­мативно-юридическую силу и типовых договоров, вырабатываемых ими.

Правотворческая практика последних лет отличается боль­шим вниманием к выработке, если можно так выразиться, инди­видуальных форм нормативно-правовых актов, установлению гра­ниц их действия. [[34]](#footnote-34)

В самом общем виде иерархическую систему нормативно-правовых актов России можно представить следующим образом:

1) Конституция (Основной закон); 2) федеральные законы; 3) указы Президента; 4) постановления Прави­тельства; 5) нормативные акты министерств и ведомств.

Особую группу образуют: а) международные догово­ры России; б) нормативные акты органов государствен­ной власти субъектов Федерации.

Так же нормативно-правовые акты делятся по способам установления (Приложения. Табл. 1).

Рассмотрим эти виды нормативно-правовых актов подробнее.

*Конституция (Основной закон) Российской Федерации* является основой всего законодательства России. Верхо­венство ее в системе нормативных актов Российского го­сударства определяется, следующим: 1) Конституция при­нята на референдуме в результате свободного волеизъяв­ления всего народа; 2) Конституция устанавливает основ­ные начала, принципы, нормы общественного и государ­ственного строя; 3) Конституция содержит перечень ос­новных прав человека и фиксирует структуру и компетен­цию высших органов государственной власти и управле­ния; 4) Конституция принимается, изменяется в результа­те соблюдения усложненной процедуры правотворчества.

Текст Конституции РФ состоит из 137 статей, содер­жит нормы, относящиеся к различным отраслям права. Для настоящего раздела имеют значение нормы Основ­ного закона, определяющие компетенцию высших орга­нов государства по изданию нормативно-правовых актов определенного вида (ст. 90, 105, 106 и др.), порядок принятия и вступления в действие федеральных зако­нов (ст. 104 - 108), и некоторые другие.

*Федеральные законы* принимаются в Российской Фе­дерации Государственной Думой, после чего передаются на рассмотрение Совета Федерации для одобрения. Закон считается одобренным, если за него проголосова­ло более половины от общего числа членов этой палаты либо если в течение четырнадцати дней он не был рассмотрен Советом Федерации. Роль Президента РФ в деле принятия законов (наряду с правом законода­тельной инициативы) заключается в его подписании в течение четырнадцати дней и обнародовании.

Особая группа федеральных законов - *конституцион­ные законы,* которые принимаются по вопросам, преду­смотренным Конституцией РФ и отличаются особым порядком принятия - требуется 3/4 голосов от общего числа членов Совета Федерации и 2/3 голосов от общего числа членов Думы. В отличие от этого, напри­мер, такой важный закон, как Гражданский кодекс РФ, принимался простым большинством голосов.

Закон от 14 нюня 1994 г.[[35]](#footnote-35) признает датой принятия федерального закона день, когда он был утвержден Го­сударственной Думой в окончательной редакции, а фе­дерального конституционного закона - день его одобре­ния палатами Федерального Собрания в порядке, уста­новленном Конституцией РФ. Федеральные конституционные законы и федеральные законы подлежат офи­циальному опубликованию в течение семи дней после их подписания Президентом РФ.

Для всех видов законов официальной является публикация полного их текста в «Российской газете» или в «Собрании законодательства. Российской Федерации». Федеральные конституционные законы и федеральные законы вступают в силу одновременно на всей территории Российской Федерации по истечении десяти дней после их официального опубликования, если в самом законе не установлен иной порядок его вступления в силу.

В соответствии с Конституцией РФ субъекты Феде­рации (республики, края, области, автономная область, автономные округа и города федерального значения) по вопросам своего ведения осуществляют собственное правовое регулирование, включая принятие законов. Такие законы не могут противоречить федеральным законам. В этом проявляется принцип единства правовой регламентации и правового режима на территории всего государства.

Правовое регулирование в Российской Федерации» только законами не исчерпывается. Соответствующие отношения регулируются актами Президента, Правительства, а также министерств и иных федеральных органов власти, т.е. подзаконными актами.

*Нормативно-правовые акты Президента Российской Федерации.* Президент - глава государства, и в соответ­ствии с этим издаваемые им нормативно-правовые акты (указы) занимают следующее после законов место и обя­зательны для исполнения на всей территории Россий­ской Федерации). В качестве предмета регулирования указов выступают основные направления внутренней и внешней политики. В случае противоречия указа Пре­зидента Конституции и законам России на основании заключения Конституционного Суда Российской Феде­рации указ утрачивает силу. По сравнению с законами указы относительно быстро принимаются и вступают в силу. Кроме того, перечень субъектов подготовки проектов указов законодательно не установлен, и по обыкновению они подготавливаются заинтересованны­ми ведомствами или Правительством.

*Нормативно-правовые акты Правительства.* Прави­тельство Российской Федерации осуществляет исполни­тельную власть в стране и, реализуя эту задачу, прини­мает постановления и издает распоряжения. Решения, имеющие нормативный характер или наиболее важное значение, издаются в форме постановлений. Решения по текущим и оперативным вопросам издаются в форме распоряжений. Особенностью актов Правительства яв­ляется то, что они могут быть приняты лишь на основании и во исполнение законов РФ, а также указов Президента РФ.

*Нормативно-правовые акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти (ведомств).*

Особенность их состоит в том, что министерства и ве­домства (к ведомствам по действующему законодательству относят государственный комитет, федеральную службу, российское агентство, федеральную инспекцию) могут издавать приказы и инструкции, содер­жащие нормы права, в случаях и пределах, предусмот­ренных законами РФ, указами Президента, постановле­ниями Правительства. Поэтому издание любого ведом­ственного акта должно быть основано на специальном указании вышестоящих органов, хотя на практике часто бывает по-иному.

Акты этой группы очень многочисленны и многооб­разны. К ним относятся приказы и инструкции, поста­новления, положения, письма, уставы и т.д. Все они издаются для реализации функций государственного управления в разных сферах общественной жизни (про­мышленность, наука, культура, здравоохранение, без­опасность и т.д.) и обязательны для исполнения для всех подведомственных министерствам и ведомствам организаций, учреждений, должностных лиц.

Нормативные акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, затрагивающие права, свободы и иные законные интересы граждан, а также любые межведомственные акты подлежат государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ и публикуют­ся не позднее десяти дней после регистрации. В соот­ветствий с указом Президента РФ от 23 мая 1996 г. «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Рос­сийской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти» акты, не прошедшие государственную регистрацию, а также заре­гистрированные, но не опубликованные в установлен­ном порядке, не влекут за собой правовых последствий, поскольку вступившими в силу не считаются.

Регистрация в Минюсте РФ необходима для провер­ки законности нормотворческого решения министерства или ведомства: проверяется, не ущемляет ли данный акт права и свободы граждан, не возлагаются ли им допол­нительные, не предусмотренные законодательством РФ обязанности. На указанные акты нельзя ссылаться судам при разрешении споров. Такое правило является резуль­татом борьбы юристов многих поколений за демокра­тизм принятия и применения ведомственных правовых актов, субъектами исполнения которых являются преж­де всего граждане. Более того, согласно Правилам под­готовки ведомственных нормативных актов, утвержден­ным Правительством РФ 23 июля 1993 г. на централь­ные органы федеральной исполнительной власти возложена обязанность доводить принятые ими ведомственные нормативные акты до сведения соответствующих орга­нов государственного управления РФ, предприятий, организаций, учреждений.

Данные акты вступают в силу по истечении 10 дней после дня их официального опубликования в газете «Российские вести» либо в «Бюллетене нормативных актов федеральных органов исполнительной власти».

*Нормативные акты органов государственной власти субъектов Федерации. Локальные нормативные акты.*

Органы власти и управления субъектов Федераций, ре­шая задачи, которые встают перед ними, и согласно своей компетенции принимают решения, облекая их в правовую форму. Издаваемые ими нормативные правовые акты рас­пространяются лишь на территории соответствующих ре­гионов. Решения областного уровня (законы, распоряже­ния) доводятся до исполнителей в течение семи дней со дня их принятия, но не позднее даты вступления в силу.

В теории права локальными нормативными актами называются также юридические документы, содержащие нормы права, принимаемые субъектами управления на предприятии, в организации и т.д. Краевая, областная администрация субъектов Федерации (в некоторых ре­гионах - правительство) вправе принимать постановле­ния, распоряжения, приказы. Глава администрации по вопросам, отнесенным к его компетенции, может изда­вать постановления и распоряжения.

Общим для всех видов подзаконных актов Россий­ской Федерации является то обстоятельство, что они, наряду с законами, служат источником законности, т.е. граждане и юридические лица, выполняя нормы права, содержащиеся в подзаконных актах, укрепляют режим законности и правопорядка государства. На принимае­мые правовые решения ориентируются граждане, долж­ностные лица и организации. Среди подзаконных актов существует своя иерархия, производная от иерархии ад­министративной. Так, постановление федерального Пра­вительства имеет большую юридическую силу, чем ана­логичное постановление министерства, правительства области, главы администрации города.

Существуют также локальные акты антигосударственных и негосударственных учреждений и организаций раз­личных форм собственности. Для законного оформления, юридической институционализации эти организа­ции создают различные правовые акты: приказы, издаваемые руководителем организации, уставы и положе­ния, на основе которых осуществляют свою деятель­ность. Подобные акты составляют нижнее звено подза­конных правовых актов и в большинстве случаев, для того чтобы приобрести юридическую силу, должны быть зарегистрированы в соответствующем муниципаль­ном органе власти. Например, устав общества с ограни­ченной ответственностью (либо иной аналогичной орга­низации) приобретает юридическую силу только после регистрации в государственных органах власти.

Общественные отношения могут быть урегулированы и такими источниками права, как договор и обычай, санкционированный государством.[[36]](#footnote-36)

1. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. К. Бабаева. – М.: Юристъ, 2004. [↑](#footnote-ref-1)
2. Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов / А. Б. Венгеров. – 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. [↑](#footnote-ref-2)
3. В. К. Бабаев. – Там же. [↑](#footnote-ref-3)
4. Венгеров. А. Б. Там же. [↑](#footnote-ref-4)
5. Российская газета. 1999. 1-5 мая. [↑](#footnote-ref-5)
6. Венгеров А. Б. Там же. [↑](#footnote-ref-6)
7. Мухаев Р. Т. Теория государства и права: Учебник для вузов. – М.: «Издательство ПРИОР», 2001. [↑](#footnote-ref-7)
8. Венгеров А. Б. Там же. [↑](#footnote-ref-8)
9. В. К. Бабаев. Там же. [↑](#footnote-ref-9)
10. Венгеров А. Б. Там же. [↑](#footnote-ref-10)
11. Спиридонов Л. И. Теория государства и права. – М.: «Фирма Гардарика», 1996. [↑](#footnote-ref-11)
12. Мухаев Р. Т. Там же. [↑](#footnote-ref-12)
13. www.allpravo.ru [↑](#footnote-ref-13)
14. Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права. Журнал российского права. 1997, № 6. [↑](#footnote-ref-14)
15. И. Ю. Богдановская. Судебный прецедент – источник права? Государство и право, 2002, № 12. [↑](#footnote-ref-15)
16. Юридический энциклопедический словарь. М., 1984, [↑](#footnote-ref-16)
17. Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1976, [↑](#footnote-ref-17)
18. А. А. Максимов. Прецедент как один из источников английского права. Государство и право, 1995, № 2. [↑](#footnote-ref-18)
19. Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. [↑](#footnote-ref-19)
20. В. К. Бабаева. – Там же. [↑](#footnote-ref-20)
21. Мухаев Р. Т. Там же. [↑](#footnote-ref-21)
22. Федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589. [↑](#footnote-ref-22)
23. **Конституция** Российской Федерации. – Новосибирск: Сиб. унив. изд-во, 2004. [↑](#footnote-ref-23)
24. Закон: создание и толкование / Пиголкин А. С., Мицкевич А. В., Чернобель Г. Т. и др.; Под ред. А. С. Пиголкина; Ин-т законодат. и сравнит. Правоведения. – М.: Спарк, 1998. [↑](#footnote-ref-24)
25. Сюкияйнен Л. Р. Доктрина как источник мусульманского права // Источники права. М., 1985. [↑](#footnote-ref-25)
26. В. К. Бабаев. Там же. [↑](#footnote-ref-26)
27. В. К. Бабаев. – Там же. [↑](#footnote-ref-27)
28. В. Л. Кулапов. Юридический словарь общетеоретических категорий и терминов / Саратов. юрид. ин-т им. Д. И. Курского. Ред. – издат. отдел. Саратов. – 1993. [↑](#footnote-ref-28)
29. **Конституция** Российской Федерации. – Новосибирск: Сиб. унив. изд-во, 2004. [↑](#footnote-ref-29)
30. Румянцев О. Г. Основы государственного строя России (понятие, содержание, вопросы становления). М., 1994. [↑](#footnote-ref-30)
31. А. В. Демин. Нормативный договор как источник административного права. Государство и право, 1998, № 2. [↑](#footnote-ref-31)
32. Н. Г. Александров. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений. – Ученые записки ВИЮН. М., 1947. [↑](#footnote-ref-32)
33. В. Л. Кулапов. Юридический словарь общетеоретических категорий и терминов / Саратов. юрид. ин-т им. Д. И. Курского. Ред. – издат. отдел. Саратов. – 1993. [↑](#footnote-ref-33)
34. В. К. Бабаев.. Там же. [↑](#footnote-ref-34)
35. Закон о порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания // Собр. законодательства РФ. 1994. № 8. Ст. 801. [↑](#footnote-ref-35)
36. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова – М.: Издательская группа ИНФРА – М – НОРМА, 1997. [↑](#footnote-ref-36)