негосударственное образовательное учреждение
организация высшего образования
"российская академия адвокатуры и нотариата"

КУРСОВАЯ РАБОТА
по предмету:
«ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА»

на тему:
«ФОРМЫ (ИСТОЧНИКИ) ПРАВА»

выполнила:
студентка 1 курса обучения очного
отделения юридического факультета
Хударова Мадина Георгиевна

научный руководитель:
к.ю.н. А.А. Федорченко

_____

Москва 2017 г.

ВВЕДЕНИЕ

Источники права являются одной из важнейших категорий юридической науки. С этого явления следует начинать изучение как права в целом, так и отдельных его отраслей. Рассматриваемая в данной работе тема относится к вопросам общей теории государства и права. Актуальность и значимость этой темы для юридической науки трудно переоценить, так как источники права формируют основу для понимания всей правовой науки. Ввиду многогранности понятий форм и источников права как базовых юридических категорий в рамках этой темы определяется происхождение самого права, его исходное назначение и внешнее выражение. Изучение источников права позволяет лучше понять саму сущность права, механизмы его функционирования, а также его место в общественной жизни в целом. Помимо этого, изучение эволюции форм права способствует более глубокому пониманию развития таких важных институтов, как государство, гражданское общество и права человека.

Любое государство заинтересовано в определенности системы источников права, поскольку это обеспечивает силу государственной власти, его волю, позволяет реализовать его важнейшие функции. Правовое же государство способствует определенности форм права не только в целях реализации государственных функций, но и в целях реализации своих базовых принципов: верховенство закона, принцип разделения властей, защиты прав и свобод человека и т.д.

Тема данной работы «Формы (источники) права» включает в себя два понятия, каждое из которых многозначно. На протяжении существования юридической науки подходы к их пониманию различались и менялись в зависимости от позиции исследователя по отношению к пониманию сущности всего права. Под источниками права понимают и общественные условия возникновения права, и причины его возникновения, и исторические

документы, однако в данной работе подробно рассматриваются именно способы выражения правовых норм

Целью данной работы является систематизация информации об источниках права. Для достижения данной цели поставлены следующие задачи: раскрыть содержание понятий источника и формы права, рассмотреть специфические черты отдельных форм права, выявить особенности систем источников права различных правовых семей.

В процессе изучения данной темы используются такие методы исследования, как анализ литературы, сравнительно-правовой, специально-юридический, классификация и другие.

Значение данной темы весьма велико, особенно в контексте сравнительного правоведения. В советское время вопрос об источниках права, как правило, рассматривался с идеологических позиций. В итоге мы располагаем лишь незначительным количеством работ, большая часть которых относится к источникам отдельных отраслей права. Отчасти поэтому данная проблематика имеет определенные перспективы для дальнейших научных исследований. Одним из заслуживающих внимания трудов является работа М.Н. Марченко «Источники (формы) права», в которой рассматриваются как теоретические, так и некоторые практические вопросы, касающиеся источников права различных правовых систем мира. Кроме этого, в последнее время все больший научный интерес вызывают вопросы, связанные с нетрадиционными источниками права. Особый интерес представляют исследования, касающиеся «интернационализации» форм права, их места и роли не только в «родной», но и в «чужих» правовых системах.

В этой связи внимание в работе уделено не только общим теоретическим понятиям, но и характеристикам источников права в различных правовых системах нашего времени.

Глава I ПОНЯТИЕ ИСТОЧНИКА И ФОРМЫ ПРАВА

§ 1. Различные подходы к пониманию источника права. Соотношение понятий источника и формы права

Представители разных подходов к пониманию права подразумевают различные явления под этими правовыми материями. Источник права и форма права – два схожих, но отнюдь не равнозначных понятия. Для лучшего понимания сущности этого явления следует сначала определить смысл «источника права», а затем «формы права», после чего соотнести их значения.

Автором понятия «источник права» считается римский юрист Тит Ливий, который назвал Законы XII таблиц источником всего публичного и частного права (fons omnis publici privatique juris). С тех пор подавляющая часть исследователей признавала общее понимание источника права, близкое к этимологическому значению слова «источник», а именно: некая исходная точка формирования и развития явления, то, из чего черпается право. И все же многозначность данного понятия существует.

Так Г.Ф. Шершеневич писал, что под именем источника права понимаются также силы, творящие право (например, государственная власть или воля Бога); материалы, положенные в основу того или иного законодательства (например, когда говорят, что римское право послужило источником для германского гражданского кодекса); исторические памятники, которые когда-то имели значение действующего права, и средства познания права (например, когда говорят, что право можно узнать из закона).

Другой точки зрения придерживается В.С. Нерсесянц. По его мнению следует различать материальные и формальные источники права. Под «материальным источником права» при этом имеются в виду причины образования права, т.е. все то, что порождает (формирует) позитивное право. Это могут быть какие-либо материальные или духовные факторы, общественные отношения, воля законодателя. Под «формальным источником

права» имеется в виду форма внешнего выражения положений (содержания) действующего права.

В настоящее время одним из наиболее распространенных является понимание источника права в четырех значениях. Во-первых, источник в материальном смысле слова понимается как общественные отношения, сила, создающая право. Это также и исходные начала, то есть условия данной конкретной исторической эпохи (материальные условия жизни общества, экономический строй и т.п.). Именно развитие общественных отношений, особенности экономических и политических условий порождают потребность в правовом регулировании и издании норм права. Во-вторых, выделяют источник права в идеальном (идеологическом) смысле слова. В этом случае данный термин означает правосознание, которое выступает в качестве существенного фактора правообразования – имеются в виду юридические концепции, идеи, желаемое право. В-третьих, выделяют источник права в историческом плане – памятники права; источники права, вышедшие из употребления; то, откуда появились нормы права, как и где они закрепились. Сюда относят вклад внутреннего и иностранного права в создание какой-либо правовой системы. В-четвертых, рассматривают источник права в формально-юридическом значении – внешняя форма существования и выражения правовых норм.

Наряду с понятием источников права часто можно встретить словосочетание «формы права». Этот оборот был введен в ответ на многозначность понятия источника права, чтобы исключить возможность неоднозначной трактовки. Признавая за формой права способ организации и выражения государственной воли, представители разных школ права, однако, поддерживают разные подходы к пониманию данного понятия.

Сторонники психологической школы права различали такие формы права как объективное и интуитивное право – то есть разделяли и противопоставляли формализованное, объективное право и право, проявляющееся в чувственной и эмоциональной сфере человека.

употребляют вместе, одно из слов заключается в скобки, как, собственно, и сформулирована тема этой работы.

Далее в работе понятия формы и источника права будут использоваться идентично, только в этом значении, как «правила, созданные обществом и одобренные государством посредством придания им некоторой внешней оболочки, защищаемые государственным принуждением».

После определения сущности данной юридической категории, можно переходить к его детальному рассмотрению и характеристике. Так, можно выделить некоторые основные признаки формы (источника) права. Ими являются: правотворческая значимость источника права; государственная обязательность и гарантированность; особая юридическая форма; установление основ, начал правового регулирования в определенных сферах общественной жизни. С.В. Бошно кроме того выделяет еще такие признаки источника права, как определенность содержания, длительность существования, общеизвестность, признание со стороны субъектов права, разумность и справедливость.

§ 2. Виды источников (форм) права

Ввиду того, что в мире существует разнообразие правовых семей, подходов к пониманию права признается существование множества разнообразных форм права. Значение одних очень велико, других – заметно меньше, некоторые формы права признаются не всеми учеными. Итак, можно выделить следующие формы права: правовые обычаи, религиозные тексты, юридические прецеденты, договоры с нормативным содержанием, принципы права, доктрина, партийные источники права и нормативно-правовые акты.

Так наиболее распространенной и неоспариваемой по статусу формой права является нормативно-правовой акт. Нормативно-правовой акт, то есть официальный документ, изданный компетентными органами государства и содержащий общеобязательные правила поведения, является самым распространенным источником права. Главное его преимущество заключается в том, что нормативно-правовой акт точно фиксирует

содержание правовых норм и предписаний, что сводит к минимуму произвольное токование и применение норм и позволяет государству проводить единую политику. Подробнее особенности нормативно-правового акта как формы права будут рассмотрены далее в соответствующей главе.

Обычай является самым древним источником права. Обычаем называется некое правило поведения, которое вошло в привычку народа вследствие его повторения в течение длительного времени. В качестве формы права признается правовой обычай, то есть обычай, признанный государством как общеобязательная форма поведения.

С юридической точки зрения обычай – это неписаный источник права, для которого характерна неупорядоченность, множественность и разнообразие. Но для более полного понимания обычаев следует определить их признаки: общественно-социальный характер их возникновения, определяемый общественным сознанием; многократный и локальный характер их действия; казуистичный характер их предписаний; в качестве средств обеспечения обычая выступает общественное мнение; обычай возникает на определённом социальном базисе и зачастую продолжает существовать и регулировать общественные отношения даже после его утраты. По поводу признаков обычая Г.Ф.Шершеневич писал: «К второстепенным требованиям, какие предъявляются к правовым обычаям, относятся разумность их, согласие с нравственностью и отсутствие заблуждения в их основании». Кроме того важным признаком обычая надо считать единообразие его понимания, в противном случае его применение будет очень затруднено.

Роль обычая была особенно велика в раннегосударственное время, когда аппарат государства не был достаточно силен. Однако определенную роль обычай играет и в настоящее время, для этого он должен быть признан государством как обязательный к применению, что осуществляется через несколько форм санкционирования обычных норм государством. Во-первых, это фиксирование обычных норм в писаных правовых источниках. Не все ученые считают, что в этом случае обычная норма сохраняет статус обычая.

Те, кто защищает прежний статус обычая, ссылаются на сохранение сути нормы неизменной. Однако поскольку теряется один из важных признаков обычая – неписаный характер – правильнее признавать данное действие сменой формы закрепления нормы. Также государство может санкционировать обычай посредством отсылки к нему в законе: так «обычай превращается в элемент национального права, не утрачивая при этом характер обычая».

Юридическим прецедентом называют судебное или административное решение по конкретному юридическому делу, которому государство придает общеобязательное значение. Суть юридического прецедента заключается в том, что ранее состоявшееся решение государственного органа (судебного или административного) по конкретному делу имеет силу правовой нормы и при последующем разрешении аналогичных дел. Принято различать административный и судебный прецедент в зависимости от органа, принимающего решение: административный прецедент – решение исполнительного органа государственной власти, а судебный прецедент – решение высшего судебного органа.

Нормативный договор можно определить как «основанное на равенстве сторон и общности интересов соглашение (результат волесогласования либо волеслияния), содержащее в себе нормы права общего характера, направленное на достижение желаемого сторонами (как правило правотворческими субъектами) результата».

Являясь договором по своей форме, нормативный договор обладает основными признаками договора как такового, однако у него есть и свои специфические черты. По мнению Мясина А.А. основными из них являются следующие: наличие в нем правовых норм (правила общего и обязательного характера); легальность договора; социальный характер (направленность на достижение упорядоченности общественных отношений, достижение договорного компромисса); особая формальная процедура заключения и специальный порядок рассмотрения споров, связанных с их исполнением; обязательное обнародование (опубликование) нормативного договора. М.Н.

Марченко выделяет и другие особенности, как например, преимущественно публичный характер нормативного договора. Ведь сторонами данного договора чаще всего выступают публичные институты (государства, государственные органы, общественные объединения), кроме того в таком договоре закрепляется публичная воля, цель которой состоит в адекватном выражении и удовлетворении публичных интересов – интересов сторон.

В основном нормативный договор применяется в качестве источника права в трех сферах. Во-первых, это международное публичное право. Международный договор, который всегда является нормативным в таком случае, может служить основанием для издания соответствующего закона в государствах-участниках и быть непосредственно источником права для стран, подписавших его. Во-вторых, это сфера конституционного права, где можно встретить федеративные договоры, договоры о разграничении полномочий между федерацией и ее субъектами, договоры о сотрудничестве и взаимопомощи, заключаемые между субъектами федерации. В-третьих, это сфера трудового права, в которой к нормативным договорам относятся коллективные договоры и коллективные соглашения. Данные субъекты трудовых отношений и их представители сами по себе не имеют правотворческой способности. Но они наделяются ей в силу определенных нормативных правовых актов – в России это Трудовой кодекс РФ, который определяет коллективный договор и соглашение как «правовой акт» (ст. 40,45 ТК РФ).

Доктрина как еще один источник права включает в себя следующие явления: «учение, философско-правовая теория; мнение ученых-юристов по тем или иным вопросам правотворчества и правоприменения; научные труды наиболее авторитетных исследователей в области государства и права». Порой сюда же относят и взгляды юридического общества в целом. Роль доктрины как источника права «более значительна на тех стадиях развития права, когда государственное нормотворчество еще не получило достаточного развития». И действительно в романо-германской системе

права доктрина не используется в качестве доказательной базы, что нельзя сказать о мусульманском праве.

Принципы права признаются источником во многих правовых системах, однако их роль в каждой из них неодинакова. В качестве принципов права «выступают божественная воля, разум, справедливость, неотчуждаемые права человека как высшая ценность и т. д.». Выделение принципов права как форм права носит неоднозначный характер. Они могут быть закреплены в актах государства и, соответственно конкретизироваться в ходе применения нормы, либо вовсе не иметь письменной формы. В любом случае особенность данной формы права состоит в том, что принципы права «непосредственно не оказывают воздействия на поведение субъектов права (ни регулятивного, ни охранительного). Как правило, они выполняют роль основы, условия для осуществления воздействия со стороны норм – правил поведения». В некоторых странах принципы права рассматриваются «как некое высшее право, своеобразный аналог естественного права. Поэтому они применяются не только при пробелах в праве, но и при осуществлении конституционного контроля, на их основе возможно также дополнение и реформирование законодательства».

Принципы права как комплекс идей существуют в любом обществе: с древнейших времен и идей о вечности, универсальности и неизменности норм традиционного права до настоящего времени с его идеями справедливости, нравственности, разумности, соответствия добрым нравам. Однако нечасто принципы права возводят в число форм права придается и придают им должное значение.

Что касается партийных источников права, на этот счет в науке существуют разные точки зрения. Чтобы охарактеризовать их как источники права, надо понять, какую роль играли партийные документы в советской системе права. Ведь некоторые ученые относят такого рода документы к источникам права из-за их общеобязательного характера, сложившегося в условиях сращивания партийного и государственного аппарата. Большинство ученых не склонно признавать самостоятельную роль источника права за

партийными документами, относя их по большей степени к науке, к доктрине. Так по мнению Р. Давида «такого рода документы, как партийные программы и решения, совершенно очевидно, не образуют право в собственном смысле этого слова. Однако их доктринальное значение неоспоримо».

Партия по своей сути является общественной организацией, ее нормы не обладают юридическим значением. Получить юридическую силу они могу лишь в двух случаях: «во-первых, при издании совместного с государственными органами решения, во-вторых, в случае предварительной или последующей санкции государства», что само по себе не является партийными документами в чистом виде.

Глава II ОСОБЕННОСТИ ОСНОВНЫХ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА В РАМКАХ РАЗЛИЧНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

§ 1. Источники англосаксонского права

Право англосаксонской семьи по своей природе и содержанию является «судейским правом», прецедентным правом (case law). Фактически право создается самими судьями – его основу составляют судебные решения по различным вопросам. На первый план выступает судебная практика: суд при решении дела руководствуется решением вышестоящего суда или суда той же инстанции по аналогичному вопросу.

Родиной прецедентного права принято считать Англию. Так называемое общее право, которое создавалось королевскими судами, как раз и было правом судебной практики. Такая практика существует до сих пор. Действие данной системы строится на следующих правилах. Решения, вынесенные Палатой лордов, являются обязательными прецедентами для всех судов и для самой Палаты лордов. Решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для самого этого суда и для всех судебных инстанций, кроме Палаты лордов. Решения, принятые Высшим судом правосудия,

обязательны для низших судов и играют важное значение и обычно используются как руководство различными отделениями Высокого суда и Судом Короны.

Залогом успешного функционирования системы прецедентного является наличие систематизированных судебных отчетов. В ходе их составления и публикации отсеиваются такие решения судов, которые не следует считать прецедентами.

Различают два вида прецедентов: деклараторный и креативный. Деклараторным прецедентом следует называть уже существующее решение суда, которое применяется в новом деле. Креативным прецедентом называется новое судебное решение, не имеющее аналогов до этого.

Структура судебного решения включает в себя несколько частей, из которых обязательной является только ratio decidendi – принцип, лежащий в основе решения, которое включается в систему права и которому будут впоследствии следовать судьи. Следующая часть – obiter dictum (попутно сказанное) – умозаключение, основанное на факте, не являющемся предметом рассмотрения суда, обоснование убедительности решения. Только судья, позднее использующий прецедент, определяет, что в решении есть ratio decidendi, а что obiter dictum.

Следующий источник права, характерный для англосаксонского права, – закон. Закон в таком контексте понимают как общевидовое понятие – в него включаются и законы (статуты), и подзаконные акты – то есть акты законодательной и исполнительной власти в противоположность судебной власти. Традиционно в англосаксонской семье права закон не считают нормальной формой выражения права – судьи применяют закон, но норма, содержащаяся в нем, окончательно входит в состав права лишь после ее толкования и применения в судебных решениях, судьи предпочтут использовать прецедент, содержащий ссылку на норму закона, чем сам закон.

В последнее время можно говорить о формировании нового раздела в английском праве – сейчас «закон и подзаконные акты не могут считаться второстепенными: они фактически играют такую же роль, как аналогичные

источники права на Европейском континенте». Большая часть из этих законов направлена на развитие отдельных отраслей общества (социальное обеспечение, экономика, транспортная система).

Положение закона в Великобритании становится более похожим на статус закона в США, где его значение несравнимо больше. Во многом это определено наличием федеральной Конституции, что укрепляет роль писаного права как такового.

Спецификой в США обладает и правило прецедента – star decisis – в силу федеративного устройства государства и наличия как системы федеральных судов, так и судебной системы штатов, а, следовательно, и разграничение предметов их регулирования. Так Верховные суды федерации и штатов не обременяют себя обязательностью своих решений, они признают гибкость прецедентной системы и могут порой вносить изменения в судебную практику благодаря толкованию Конституции (реже – законов). Кроме того, свою силу прецедент имеет в пределах судебной системы одного суверенного штата.

Прочие источники права (доктрина, обычай, правовые традиции) играют действительно второстепенную роль, хотя по-прежнему имеют определенное значение, например, когда по вопросу какого-либо дела «нет ни прецедента, ни законодательной нормы, ни обязательного обычая».

Обычай в данной системе права признается обязательным, то есть считается источником права, только если он обладает характером старинного обычая. Вновь возникающие же обычаи вскоре санкционируются судебной практикой или законом, поэтому теряют статус обычая, превращаясь в законодательную норму. Доктрина и разум могут быть полезны только в целях восполнения пробелов в праве, возникающих из-за казуистического характера общего права. Так создаются новые нормы, основанные на разумном решении спора, когда по определенному вопросу нет ни приемлемой нормы, ни прецедента, ни обычая. В некоторых национальных правовых системах в качестве особого источника права выделяются

«интегрированные» в них принципы и нормы международного и зарубежного (национального) права.

§ 2. Источники романо-германского права

Корни этой правовой системы уходят ко временам Римской империи. Однако влияние римского права происходило не в одинаковой степени на различные национальные правовые системы и породило уникальные черты каждой их них. Тем не менее существует обобщенная классификация источников права романо-германской правовой семьи в зависимости от степени их распространения, от их значимости и юридической силы. Выделяют первичные источники права – нормативно-правовые акты и обычаи, иногда принципы права – и вторичные источники права – судебные прецеденты и научные труды известных ученых-юристов.

Страны романо-германской семьи – это страны писаного права. Закон не случайно ставится в основу системы источников права – он «как будто охватывает во всех странах романо-германской правовой семьи все аспекты правопорядка». Закон исторически являлся главным элементом, опорой формирования и развития данной правовой семьи, его считали выражением правил справедливости, претворяемым в жизнь. В данном случае закон подразумевает все письменные юридические акты, исходящие от уполномоченных на их издание законодательных и исполнительно-распорядительных государственных органов, то есть практически все нормативно-правовые акты.

Следует уделить внимание двум тенденциям стилей законов: первая предполагает стремление сделать законы как можно понятнее и доступнее, вторая считает правильней выработку четкого технического языка, даже если это сделает право понятным только специалистам.

Основная задача деятельности юриста в данной правовой семье – найти необходимую норму в законодательстве для эффективного применения к конкретному делу. Согласно научной точке зрения закон в процессе правоприменения должен использоваться строго согласно своему

содержанию, однако в повседневной практике «значение содержащихся в статутах норм дольно часто и весьма значительно («либерально») расширяется». Толкование закона важно для его практического применения. Обычно судья комбинирует различные методы толкования, чтобы наряду с буквой закона учесть намерение законодателя.

Относительная свобода обращения судей с законом проявляется в возможности оценки ими фактов конкретного дела – они не связаны решениями своих предшественников, поскольку в данной системе права судебный прецедент не признается. Поэтому в случаях, когда законодатель использует формулы без уточнения их четкого содержания (например, такие понятия, как интересы семьи, вина, невозможность исполнения), можно считать, что тем самым он «дал полномочие на свободный дополнительный поиск в рамках закона (inter legem)».

Отношение к обычаю как источнику права в данной правовой семье выражается в двух противоположных подходах: «социологическая концепция» (роль обычая считается высокой) и позитивистская теория (роль обычая сводится на нет). Правильнее было бы определять роль обычая на среднем уровне между этими двумя крайностями. Нельзя отрицать, что обычай играл огромную роль в римском праве, но по мере усложнения разветвленных правовых систем его значение снижалось. Осуществлялась систематизация обычаев, им придавалась письменная форма – тем самым терялась их сущность обычая в пользу нормативного правового акта.

В зависимости от характера взаимоотношения обычая с законом выделяют три вида обычаев: выступающие «в дополнение к закону» (secundum legem), действующие «кроме закона» (praeter legem) и обычаи «против закона» (consuetudo adversus legem). Первые из них наиболее распространены во всех странах, они способствуют правильному толкованию закона, объясняют и дополняют его. Вторые обычаи рассматриваются в качестве самостоятельных источников права и регулируют лишь те отношения, которые не урегулированы кодифицированным законодательством. Последние же являются довольно редким явлением, не

только не приветствуемым, но и часто запрещенным национальным законодательством.

Доктрина не признается источником права, но к ней нередко прибегает законодатель в процессе подготовки и обсуждения проектов нормативных актов. Кроме того, именно доктрина формирует правовые понятия и категории, которые использует законодатель, а также по мере возможности выражает те тенденции, которые впоследствии использует законодатель.

В итоге, теория источников права в странах данной правовой семьи не сводится к определению единственной априорной роли законодательных норм, а включает также и стремление к справедливому творению права и сочетанию как частных интересов, так и интересов всего общества.

§ 3. Источники семьи религиозного права

Семья религиозного права в основном не похожа на другие семьи: для нее характерен архаический характер ряда институтов, его казуистичность и отсутствие систематизации. К семьям религиозного права относятся мусульманское право, индусское (индуистское) право. Религиозная правовая семья состоит из обычных религиозных норм, соответствующих религиозно-этических принципов, толкований священных книг и писаний, решений религиозных судов.

Рассматривая мусульманскую правовую систему, «не следует смешивать мусульманское (религиозное) право с позитивными правовыми системами мусульманских стран». Ведь гражданское общество «всегда живет под властью обычаев или законов», которые, конечно, опираются на принципы мусульманского права. По мере развития общества такой дуализм правовых систем возрастал, поскольку общество более не могло регулироваться лишь с помощью религиозных норм и догм.

Можно рассмотреть подробнее источники мусульманского права. Основу права составляет Коран – главная священная книга мусульман. Похожим по значимости и проблемам содержания является сунна – жизнеописание пророка Мухаммеда, своеобразный итог толкования Корана.

Но несмотря на то, что это главные источники мусульманского права, правосудие осуществляется при обращении не к Корану, а к книгам авторитетных юристов, ученых-богословов разных лет, содержащих необходимое толкование. Религиозные тексты изначально создавались не с целью правового регулирования общественных отношений, поэтому порой ощущается недостаточность юридических положений для решения тех или иных правовых проблем. Разрешить ситуацию позволяет доктрина – толкование, пояснения, выражение основных принципов и постулатов, содержащихся или предполагающихся в религиозных текстах. Так источником мусульманского права следует считать иджму – согласованное заключение древних правоведов, знатоков Ислама, «единое соглашение мусульманского общества». И рассуждения в области права по аналогии под названием «кияс», суть которого заключается «в применении тех или иных установленных Сунной или иджмой предписаний к новым, не предусмотренным этими источниками права случаям».

Мусульманское право не включает в себя обычай, но и не отрицает и не отвергает его: «Формально мусульманские юристы не числят обычай среди источников права, но иногда к нему прибегают для дополнения или уточнения применяемого принципа права или правовой нормы». Прецедент не признается источником права в данной семье – решения судов не несут в себе нормативности при разрешении аналогичных дел.

Условия современной жизни делают невозможным невмешательство законодателя в существующую систему права – роль законодателя тем не менее имеет отличия: он выполняет роль служителя права, а не его создателя. В связи с этим законодатель имеет возможность только косвенного опосредованного влияния на право, например, предписать судьям, какое из толкований следует применить в конкретном случае. Законы не входят в состав мусульманского права – они относятся к числу источников позитивных правовых систем мусульманских стран. Власть вынуждена проводить некую систематизацию законодательства, например, через кодификацию некоторых отраслей права, для упорядочения регулирования

общественных отношений. Однако сфера отношений, доступных для ее контроля ограничена – так, например, многие страны долго противились нормативному регулированию личного статуса, считая, что данный круг отношений имеет отношений исключительно к мусульманскому праву, к религиозным нормам.

Индусское же право основано не на религиозных текстах. По сути это обычное право, в котором доминирует религиозная доктрина – индуизм. Еще важными регламентирующими факторами являются сознание и справедливость. Религиозные и правовые предписания в доктрине перемешаны, часть положений можно найти в дхарме, часть – в дхармашастрах или акртхашастрах. В настоящее время стремление ученых излагать дхарму заново отсутствует, больший интерес вызывает необходимость регулирования норм, реально действующих в настоящее время в отношении индусов.

Законодательство и судебные прецеденты не признаются источниками права. Законы, а также временные конкретные предписания, издаваемые правителем, зачастую подвергаются широкому толкованию судьей, что позволяет ему применить свою справедливость и власть. Судебное решение, таким образом, имеет свою силу лишь в свете обстоятельств конкретного дела и не может рассматриваться как обязательное для прочих случаев.

Многочисленные изменения под влиянием Английского права, реформы законодательства относятся уже к системе права государства, то есть к индийскому праву. Индуистское же право остается применяемым только к индусской части населения Индии, оно по-прежнему регулирует личный статус населения. Большая часть индусов не следует новым законам, а продолжают жить так, как жили их предки, тем не менее законодатель стремится регулировать обстановку, избавиться от лишних обычаев, принять все возможные меры для эффективного развития страны.

содержит в себе нормы права и его назначение – регулирование общественных отношений. Во-вторых, это официальный документ, который, соответственно, несет юридически значимую информацию, обладает определенной юридической силой. В-третьих, это письменный документ, который имеет особенную внутреннюю структуру. В-четвертых, он входит в единую систему законодательства и осуществляет единые для системы цели и задачи. Нормативный правовой акт издается уполномоченными на то субъектами в пределах их компетенции. Кроме того, нормативно-правовой акт обладает реквизитами, придающими ему индивидуально-правовую характеристику. Главным признаком нормативно-правового акта является нормативность.

Как говорилось выше, нормативные правовые акты входят в единую систему законодательства, соответственно имеют свою иерархию. Система нормативно-правовых актов определяется отдельно в каждой стране соответствующими основными законами. Для характеристики нормативного правового акта согласно его реальному действию используется понятие «юридическая сила», которое в данном случае понимается как место акта в иерархии нормативных правовых актов, соответствие актов, принятых нижестоящим органом, актам, принятым вышестоящим органом. Именно юридическая сила определяет положение нормативно-правового акта в общей системе государственного нормативного регулирования. Акты нижестоящих правотворческих органов (например, акты местных органов государственной власти), соответственно, обладающие меньшей юридической силой, издаются на основе и во исполнение нормативных правовых актов, издаваемых вышестоящими правотворческими органами (высшими представительными органами).

Классификация нормативных актов производится по разным основаниям. Так в зависимости от срока действия нормативные акты делятся на акты неопределенно-длительного действия и временные акты. В зависимости от особенностей правового положения субъектов правотворчества, нормативные акты делятся на: нормативные акты

государственных органов, нормативные акты иных социальных структур (муниципальных органов, профсоюзов, товариществ и т.п.), нормативные акты совместного характера (государственных органов и иных социальных структур), нормативные акты, принятые на референдуме. В федеративном государстве в зависимости от сферы действия нормативные акты делятся на общефедеральные акты, нормативные акты субъектов федерации, нормативные акты местного самоуправления, локальные нормативные акты. По юридической силе нормативные акты можно разделить на две большие группы: законы и подзаконные акты.

§ 2. Закон как основной источник позитивного права

Закон является одним из видов нормативных актов, это акт, принятый в особом порядке органом законодательной власти или референдумом, выражающий волю народа, обладающий высшей юридической силой и регулирующий наиболее важные общественные отношения.

К признакам закона, позволяющим выделить его из иных нормативных правовых актов и придать ему качество верховенства, можно отнести следующие положения. Закон является таким нормативным актом, который принимается только органом законодательной власти в результате законодательного процесса, либо референдумом – всенародным голосованием. Законы регулируют наиболее важные, базовые общественные отношения (основные права и свободы граждан, государственное устройство и т.д.). Законы направлены на выражение воли и интересов народа. Данные акты принимаются в особом порядке и обладают высшей юридической силой по отношению ко всем другим актам – все иные нормативные правовые акты издаются на основе законов, в соответствии с законом и не могут ему противоречить. Закон занимают ведущее место в системе законодательства, фактически являясь системообразующим фактором всей системы. Важен также эффективный механизм обеспечения исполнения законов – например, может устанавливаться общий надзор прокуратуры за соблюдением

законности. Как правило, закон характеризуется наибольшей стабильностью и длительностью существования, действия.

В связи с неоднородностью законов выделяют различные виды законов. Так, в зависимости от регулируемых общественных отношений (от их значимости) различают основные законы (таковыми являются конституции, они имеют учредительный характер, служат базой для всего законодательства, достаточно стабильны благодаря особому порядку принятия и внесения в них изменений), конституционные законы (законы об изменении основного закона государства, закрепляют порядок внесения в него поправок), органические законы (законы, дополняющие основной закон, изданные по отдельным указанным в основном законе вопросам) и ординарные, или обычные (остальные законы, принятые законодательным органом, могут быть кодификационные законы – по наиболее значимым сферам жизни – и законы, принятые в рамках текущего законодательства).

Существует множество классификаций законов по различным основаниям, например по объему регулирования выделяют общие и специальные законы, по субъектам правотворчества – принятые народом в результате референдума или законодательным органом, по характеру – текущие и чрезвычайные.

Особой категорией, входящей в понятие закон в рамках позитивного подхода являются подзаконные акты. Подзаконные акты – это нормативные акты, изданные в соответствии с законом, на его основании и не противоречащие ему. Признаки подзаконных актов включают в себя вышеупомянутую связь с законами, издание компетентными органами и иерархическую организацию в зависимости от положения органа, направленность на решение текущих задачи и оперативное применение.

Выделяют общие, местные, ведомственные и внутриорганизационные подзаконные акты. К общим подзаконным актам относятся нормативно-правовые акты общей компетенции, они имеют следующую после законов юридическую силу, обязательны для выполнения всеми гражданами на всей территории государства. Именно к этому типу относятся подзаконные акты

высших органов исполнительной власти государства, например, нормативные указы президента, постановления правительства. Местные подзаконные акты – это нормативно-правовые акты органов представительной и исполнительной власти на местах, действие которых соответственно ограничено подвластной им территорией. Примерами местных подзаконных актов являются постановления и нормативные решения муниципалитета, мэрии, префекта. Ведомственные нормативно-правовые акты включают в себя приказы и инструкции структурных подразделений правительственных органов (министерств или ведомств), которые распространяются лишь на ограниченную сферу общественных отношений (например, банковские, таможенные отношения). Последним видом подзаконных актов являются внутриорганизационные акты, то есть те акты, которые издаются некоторыми организациями для регулирования внутренних вопросов, отношений, возникающих в конкретной деятельности государственных учреждений, предприятий, воинских частей и других организаций.

Широко распространена классификация подзаконных актов РФ в зависимости от юридической силы и субъектов правотворчества. Различают указы Президента, постановления Правительства, ведомственные акты (инструкции и приказы министерств и иных органов исполнительной власти), акты органов исполнительной власти субъектов Федерации. Разумеется, подобное деление нормативно-правовых актов не универсально для всех государств ввиду особенностей национальных правовых систем, многовековых традиций и различных систем государственной власти. Однако в большинстве случаев действие подзаконных актов организовано именно по принципу степени юридической силы акта.

§ 3. Действие нормативных актов во времени, в пространстве и по кругу лиц

Для надлежащего регулирования общественных отношений должны существовать определенные положения, характеристики, отражающие

действие нормативного правового акта – то, что объясняет и закрепляет, когда, на каких субъектов, на какой территории распространяется действие данного нормативного правового акта.

Одной из таких характеристик является действие нормативного правового акта во времени. Как правило, начало действия НПА связывается с моментом его опубликования. Сроки вступления в силу могут быть определены самими актами, либо указаны в специально изданных актах для введения их в действие. Вполне естественно, что сроки вступления в силу различных актов неодинаковы, в зависимости от степени сложности и важности документа требуется разное количество времени для ознакомления с его содержанием или реализации каких-либо необходимых подготовительных мер. В случае необходимости, при технической либо организационной невозможности одновременного обнародования акта на всей территории государства, введение в действие нормативно-правового акта может производиться постепенно – неодновременно в различных частях страны.

Прекращение действия закона, то есть утрата его юридической силы может произойти в нескольких случаях. Это может достигаться путем прямой отмены действующего акта другим актом, изданным государственным органом. Также предусматривается замена его другим актом, который устанавливает новые нормы в данной области. А для законов, которые содержат в себе установленный срок действия, юридическая сила утрачивается по истечении такового.

В связи с действием нормативно-правового акта во времени уместно рассмотреть понятие обратной силы закона, то есть распространений действия закона на отношения, существовавшие до вступления его в силу. В большинстве стран мира существует презумпция непризнания обратной силы закона – закон обратной силы не имеет. За исключением случаев, в которых обратная сила закона отвечает принципам гуманности, например, положения уголовного закона, предусматривающие смягчение либо отмену ответственности за определенные деяния.

Также выделяют границы действия нормативно-правовых актов в пространстве, то есть на определенной территории. По данному критерию можно выделить акты, действующие на всей территории государства, на определенной его части, и распространяющие свою силу за пределы государства. Так, например, в федеративном государстве к первому типу относятся акты, изданные федеральными органами власти, далее же следуют акты, принимаемые органами государственной власти субъектов федерации, чье действие ограничивается территорией соответствующего субъекта. К последнему типу относятся нормы международного права, обусловленные межгосударственными экономическими, политическими, торговыми и иными связями. Кроме того, иногда определяют другие территориальные границы действия нормативно-правовых актов, которые отражают расселение народов, сохраняющих традиционный образ жизни, проживающих на определенной территории.

Третий элемент действия нормативно-правовых актов – действие по кругу лиц, то есть обозначение адресатов правовых предписаний. По общему правилу действие нормативно-правового акта распространяется на всех лиц, находящихся на территории государства. Однако есть ограничения в отношении лиц, обладающих дипломатическим иммунитетом – они тоже подчиняются законам страны пребывания, но, в случае необходимости, регулирование их ответственности осуществляется согласно нормам международного права.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, в процессе написания данной работы была достигнута поставленная цель – систематизация информации об источниках права.

В этой работе удалось определить сущность понятий формы права и источника права и их соотношение. Принимая в контексте работы содержание терминов как идентичное и подразумевая под их значением внешнюю форму выражения правовых предписаний, нами были рассмотрены

основные формы права, их особенности. Отдельное внимание уделено нормативному правовому акту как важнейшему современному источнику права, его видам и признакам; рассмотрены источники права основных правовых семей, для чего были проанализированы точки зрения различных ученых.

В результате написания работы автор пришел к следующим выводам. Во-первых, основными источниками права в юридической науке признаются нормативно-правовой акт, юридический прецедент, договор с нормативным содержанием и правовой обычай, прочие же источники играют вспомогательную роль.

Во-вторых, роль того или иного источника в правовой системе какого-либо государства зависит от того, к какой правовой семье относится система права государства и, соответственно, распространение какого источника права обусловлено особенностями исторического развития.

В-третьих, значение отдельных форм права в правовых системах не является постоянным – с течением времени могут происходить изменения в системе источников права государства под влиянием международного взаимодействия, унификации правового регулирования, что отчасти наблюдается в настоящее время.

В-четвертых, система источников права играет базовую роль для формирования всей системы права государства: несет в себе основные исторические особенности правовой семьи, способствует успешной реализации основных принципов правового государства, укрепляет законность.

Систематизация информации об источниках права имеет практическое значение – это позволяет анализировать системы источников отдельных отраслей права, проводить аналогии и определять особенности функционирования той или иной отрасли права в рамках одной или нескольких правовых семей. Кроме того, рассмотренные теоретические аспекты данной темы открывают простор для дальнейшего изучения форм права применительно к отдельным странам современного мира, определения

тенденций их развития, анализа возможных путей усовершенствования системы источников права.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Учебная литература:

- Бошно С. В. Теория права и государства — М.: Яуза, Эксмо, 2011.
- Венгеров А. Б. Теория государства и права. — М.: Омега-Л, 2008.
- Вопленко Н. Н. Источники и формы права: Учеб. Пособие. — Волгоград, ВолГУ, 2004.
- Проблемы общей теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д. ю. н., проф. В. С. Нерсесянца. — М.: Норма, 2004.
- Хропанюк В. Н. Теория государства и права: Учебное пособие / Под ред. Профессора В. Г. Стрекозова. — М.: Издательство «Интерстиль», «Омега-Л», 2008.

Монографии:

- Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. — М.: Издательство НОРМА, 2002.
- Зивс С. Л. Источники права. / Ин-т государства и права АН СССР. — М.: Наука, 1981.
- Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. — М.: Междунар. отношения, 1999.
- Кулажников М. Н. Право, традиции и обычаи. — Ростов-на-Дону: Ростовский университет, 1972.
- Марченко М. Н. Источники права. — М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008.
- Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. — М.: ИНФРА-М, 1999.
- Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 2. — М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1911.

Периодические издания:

- Бабенко А. Н., Парфенова Т. А. Понятие и признаки нормативного договора // Сибирский юридический вестник. — 2004. — №2.
- Бошно С. В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. — 2003. — №12.
- Бошно С. В. Доктринальные и другие нетрадиционные формы права // Журнал российского права. — 2003. — №1.
- Бошно С. В. Понятийные и технико-юридические проблемы подзаконных актов // Журнал российского права. — 2004. — №12.
- Васильев А. М., Васильева С. М. Понятие и признаки правового обычая // Вопросы российского и международного права. — 2012. — №9-10.
- Винниченко О. В., Ваганов А. М. К вопросу об определении статуса партийных актов в системе источников советского права // Вестник ТюмГУ. — 2012. — №3.
- Малова О. В. Правовой обычай и его виды // Сибирский юридический вестник. — 2001. — № 1.
- Муромцев Г. И. Источники права: Теоретические аспекты проблемы // Правоведение. — 1992. — № 2.
- Ображиев К. В. Формальные (юридические) источники права: проблемы теоретического определения // Российский юридический журнал. — 2010. — № 4.

Диссертационные работы:

- Бошно С. В. Форма права: теоретико-правовое исследование. Автореф. Дис. … канд. юрид. наук. Москва, 2005.
- Мясин А. А. Нормативный договор как источник права. Автореф. Дис. … канд. юрид. наук. Саратов, 2003.