**Источники и формы права**

Для того чтобы стать реальностью и успешно выполнять присущие праву регулятивные, воспитательные и иные функции, оно, так же, как и государство, должно иметь свое внешнее выражение. В отечественной и зарубежной литературе это "внешнее выражение права" в одних случаях называют формой или формами права, в других - источниками, а в третьих случаях их именуют одновременно и формами, и источниками права.

В настоящей работе "форма права" будет рассматриваться как синоним "источника права". Здесь не придается принципиального значения тем незначительным по своему характеру смысловым нюансам, оттенкам и различиям, которые имеют термины "форма" и "источник" права.

Однако в юридической литературе дореволюционных лет и в современных научных произведениях не все авторы эту точку зрения разделяют. Так, признавая тот факт, что "различные формы, в которых выражается право, носят издавна название источников права", Г. Шершеневич, тем не менее, считал, что данный термин является "малопригодным ввиду своей многозначности".

Развивая эту мысль, он вполне справедливо отмечал, что под термином "источник права" понимаются:

а) силы, творящие право. Например, источником права считают "волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть";

б) материалы, положенные в основу того или иного законодательства. Этот смысл источника права используется, например, тогда, когда констатируют, что римское право послужило источником при подготовке германского гражданского кодекса или что труды ученого Потье использовались при разработке Кодекса Наполеона;

в) исторические памятники, которые "когда-то имели значение действующего права". Например, о таких правовых памятниках, как об источниках права, говорят, когда пользуются в исследованиях Corpus juris сivilis, русской правдой и т.п.;

г) средства познания действующего права. Этот смысл источника права используется, когда говорят, что право можно познать из закона.

Разнообразие значений, придаваемых выражению "источник права", вызывает необходимость обойти его и заменить другим выражением - "формы права". Под этим именем следует понимать различные виды права, отличающиеся по способу выработки содержания норм".

Определяя свое отношение к рассматриваемому вопросу и высказанному мнению, следует обратить внимание на то, что термин "источник права", кроме названных, имеет и другие смысловые значения. Например, в качестве источников права можно трактовать те материальные, социальные и иные условия жизни общества, которые объективно вызывают необходимость издания или изменения и дополнения тех или иных нормативно-правовых актов, а также - правовой системы в целом. Констатируя тот факт, что современная правовая система западных стран "полностью изменилась со времен средневековья" под воздействием изменившейся социально-экономической, политической и иной, именуемой обобщенно - "материальной", среды, американский правовед Л. Фридмэн весьма образно описывает возникшую ситуацию следующим образом.. Когда мы смотрим на все эти изменения, то сразу становится ясным, что сквозь века "правовая система была перенесена громадными волнами социальных сил. Общественные движения перекатывались через них с силой могущественного моря. Правовая система кажется столь же могущественной, как и крейсер, когда он находится в доке, но, если он выходит в море, его мощь уже не кажется столь значительной, когда сравниваешь ее с мощью океана, ветра и природы".

В данном образном сравнении весьма доходчиво проводится мысль о неразрывной взаимозависимости правовой системы и общественно-политической среды, а также идея о том, что последняя выступает в качестве естественной движущей силы и своеобразного "материального" источника по отношению к первой.

Кроме материального "источник права" имеет и другие смысловые значения, например, такие, как философский смысл, который указывает на то, какие по своему характеру (либеральные, консервативные и пр.) философские идеи легли в основу той или иной правовой системы. Однако это не меняет дела. Множественность смысловых значений термина "источник права" лишь подтверждает верность тезиса Г. Шершеневича о невозможности использования его самого по себе в качестве термина, адекватного "внешнему выражению права".

Но однозначно смысловым по своему содержанию термин "форма права", к которому апеллирует автор и который рекомендуется использовать для внешнего выражения права, не является. Даже самое приближенное ознакомление с термином и понятием "форма", с которыми ассоциируется понятие "форма права", содержащимися в отечественных и зарубежных философских, толковых и иных словарях, убеждает в этом.

Так, в одних случаях категория "формы" (права, нравственности и т.п.) рассматривается как выражение "внутренней связи и способа организации, взаимодействия элементов и процессов как между собой, так и с внешними условиями" В других случаях - просто как "внешнее выражение какого-либо содержания". В третьих же случаях понятием формы охватывается вся совокупность средств, методов и способов, с помощью которых в обществе решаются те или иные задачи, касающиеся в том числе государства и права. Только в одном, широко известном на Западе толковом словаре Вебстера содержится около 20 различных смысловых значений и оттенков понятия "форма", ставящих под сомнение тезис о целесообразности использования термина "форма права" вместо "источник права" лишь на том основании, что он не допускает многочисленных и разноречивых толкований.

С учетом сказанного, а также исходя из того, что форму права (закон, декрет, указ и т.п.) саму можно рассматривать в качестве "юридического" источника права, наиболее логичным и целесообразным является их использование как синонимов, как идентичных терминов и понятий. Именно в этом, "юридическом смысле" форма права и источник права широко применяются отечественными и зарубежными государствоведами и правоведами как тождественные понятия во всех тех случаях, когда они рассматриваются в виде "способа выражения государственной воли", "способа установления правовых велений" или "способа, которым правилу поведения придается государственной властью общеобязательная сила".

В научных и учебных изданиях форму (источник) права как способ закрепления правовых велений или способ выражения "возведенной в закон воли господствующего класса" иногда рассматривают в виде внешней формы права. Наряду с ней выделяют также и внутреннюю форму. Последняя рассматривается как система или структура, внутреннее строение права, как "распределение правовых норм по отраслям и институтам соответственно характеру регулируемых ими отношений и отчасти методу правового регулирования".

Какие же формы (источники) права существовали и существуют? Все когда-либо имевшие место формы (источники) права трудно перечислить, но наиболее важными и широко известными из них являются следующие. Это - правовые обычаи, нормативно-правовые акты государственных органов, правовые договоры, нормативно-правовые акты, принимаемые с санкции государства общественными организациями, прецеденты. Важными источниками римского права были деловые обыкновения, представлявшие собой правила, вырабатывавшиеся повседневной деловой практикой консулов, преторов и других должностных лиц. Для романо-германской правовой семьи характерным источником права в течение длительного времени считалась и считается правовая доктрина.

В качестве важнейших форм (источников) мусульманского права выступают: Коран - священная книга ислама, Сунна, или традиции, связанные с посланцем Бога, иджма, или "единое соглашение мусульманского общества", и кияс, или суждение по аналогии.

Следует особо отметить, что представление об источниках права, так же, как и их виды, никогда не оставалось неизменным. Некоторые из них (правовой обычай, закон, прецедент), совершив значительную эволюцию с древнейших времен, сохранились в правовых системах и поныне. Другие бесследно исчезли.. Третьи же, утратив свою какую-либо значимость, сохранили лишь историческую ценность. Среди последних можно выделить, например, сочинения римских юристов, имевших обязательную силу для судей и фактически выступавших в качестве закона; правовые акты, принимавшиеся в Древнем Риме народными собраниями и сенатом (сенатусконсульты), и др.

Разумеется, формы (источники) права варьировались и варьируются не только в зависимости от этапов развития общества, государства и права, но и в зависимости от особенностей самих правовых систем. Так, например, при анализе современной правовой системы Великобритании исследователями называются, как правило, три "основных источника права". Это - прежде всего "статутное право", возникающее в результате законодательной деятельности парламента; "делегированное законодательство", исходящее от "всех трех государственных органов", которым частично делегируется законодательная власть со стороны парламента, и "обычное право", которое появляется в результате "правотворческой деятельности различных судебных инстанций".

Применительно к правовой системе Австралии выделяются четыре основных источника права. Среди них в первую очередь называется "обычное право", а затем - "статутное право", делегированное законодательство и обычаи. В австралийских научных исследованиях нередко поясняется, что наиболее распространенный здесь "источник" - это "обычное право". Оно представляет собой совокупность правил, развиваемых благодаря решениям отдельных судей и судебных органов, принимаемых ими при рассмотрении конкретных дел. При этом добавляется, что то, из чего собственно складывается "обычное право", есть не столько "решения по каждому конкретному делу, сколько принципы, на основе которых выносятся эти решения". Некоторые пояснения касаются и статутного права - продукта правотворческой деятельности представительных государственных органов страны. Обращается внимание, в частности, на то, что статутное право может исходить как от парламента всей страны, так и от парламентов отдельных штатов. В силу этого термины "акт парламента" и "статутное право" взаимозаменяемы.

Относительно правовой системы Японии зарубежными авторами указывается на такие "конкретные" источники права, как Конституция 1947 г., "заменившая" собой Конституцию японской империи 1889 г., известную под названием конституции Мейджи; акты парламента, принимаемые в большинстве своем "по инициативе кабинета и его отдельных органов"; правительственные указы, издаваемые кабинетом и его различными ведомствами в целях "проведения в жизнь положений, содержащихся в конституции страны и в текущих законах"; ордонансы, принимаемые местными представительными органами, имеющими право на установление санкций за их нарушение в виде тюремного заключения или штрафа", "правила процедуры судопроизводства, работы адвокатов, внутреннего распорядка в судах, а также правила управления судебными делами", устанавливаемые, в соответствии со ст. 77 Конституции Японии, Верховным судом этой страны; правовые обычаи и "юридические" прецеденты.

Анализ юридической литературы и правовой жизни различных стран показывает, что в каждой правовой системе, а тем более в каждой современной правовой семье существует огромное разнообразие форм или источников права. И, естественно, не все они имеют одинаковую значимость и выполняют одинаковую регулятивную роль.

Сравнивая между собой, например, романо-германскую правовую семью и семью общего права, известный французский юрист - теоретик права Р. Давид не без оснований отмечал, что если в странах романо-германской правовой семьи "стремятся найти справедливые юридические решения, используя правовую технику, в основе которой находится закон", т.е. в системе правовых регулятивных средств выделяются прежде всего акты высших законодательных органов - парламентов, то в странах, относящихся к семье общего права, "стремятся к тому же результату, основываясь в первую очередь на судебных решениях". Прецеденты, судебные решения как источник права и регулятивные средства политической власти выступают при этом на первый план.

Известная иерархия форм или источников права прослеживается не только в правовых семьях, охватывающих многие страны, но и в правовых системах отдельных стран. Причем прослеживается как в сугубо юридическом, так и в фактическом плане. Небезынтересны в связи с этим рассуждения австралийских авторов Д. и К. Гиффордов о том, что, хотя "статутное право" Австралии в представлении большинства граждан этой страны занимает "очень важное место" среди других источников права и весьма распространено, тем не менее в практическом плане оно как источник занимает лишь третье место после "общего права" и "делегированного законодательства".

Несмотря на то, что в формально-юридическом плане, согласно классической теории парламентаризма, "статутное право" как продукт деятельности высших органов государственной власти - парламентов должно иметь несомненный приоритет и занимать ведущее место, практически же оно, как это подтверждает практика, не имеет никаких приоритетов и занимает лишь ведомое место. Приоритет же отдается актам, принимаемым судебными органами, на базе правотворческой деятельности которых формируется общее право, и актам органов государственного управления, которые формируют массив делегированного законодательства.

Подобная картина наблюдается не только в правовой системе Австралии, но и в правовых системах ряда других современных стран. Основная разница при этом заключается лишь в том, что в правовых системах одних стран ведущее положение вместо актов высших органов государственной власти фактически занимают акты органов управления, изданные в порядке делегирования правотворческих функций парламента, в то время как в правовых системах других стран ведущее положение занимает "судебное", или "общее, право".

Типичными примерами функционирования ярко выраженного делегированного законодательства в системе регулятивных средств осуществления власти в той или иной стране могут служить правовые системы Франции, ФРГ, Швейцарии, Италии и других стран.

Наиболее характерным примером ярко выраженного доминирования общего (обычного или прецедентного) права в системе регулятивных средств осуществления власти может служить правовая система Великобритании. С формально-юридической точки зрения, высшей юридической силой и "непререкаемым приоритетом" в ней обладают акты парламента. Это обусловлено тем, что теоретически парламент по сравнению со всеми остальными правотворческими органами обладает "полным и неограниченным суверенитетом внутри страны", является "высшим творцом" всего действующего права. Однако в практическом плане все обстоит далеко не так. Как в количественном отношении (удельный вес в законодательном массиве), так и в качественном (с точки зрения иерархии различных источников права) пальма первенства в правовой системе Великобритании неизменно принадлежит обычному (прецедентному) праву. Закон же (статут) "по традиции" играет в английском праве второстепенную роль, "ограничиваясь лишь внесением корректив или дополнений в прецедентное право".

Правда, в настоящее время, как свидетельствуют исследования в области английского права, ситуация постепенно меняется в пользу законодательства. Но тем не менее "обычное право" продолжает играть в английской правовой системе доминирующую роль. Важнейшее значение по-прежнему имеют судебные прецеденты, доктрины, обычаи, традиции. Доказательством этого является уже то, что только на основе традиций и обычаев в современной Великобритании по-прежнему решаются многие важнейшие вопросы политической и социальной жизни страны, в частности, вопросы назначения и ухода в отставку премьер-министра, определения прерогатив короны, определения правительственной программы, характера поведения монарха и др.

Таким образом, в разных правовых системах различные формы (источники) права всегда играли и продолжают играть далеко не одинаковую, регулятивную и иную роль, обусловленную характером и местом каждой из них в конкретной правовой системе. Однако, несмотря на это, все они постоянно являлись и являются, по сравнению с неправовыми средствами, весьма важными рычагами воздействия на общественные отношения и различные общественно-политические институты.

Форма показывает, каким способом государство создает, фиксирует ту или иную норму права, в каком виде эта норма доводится до сознания людей. История человеческого общества выработало следующие формы (источники) права:

1. Нормативный-правовой акт

2. Судебный прецедент

3. Правовой обычай

4. Принцип права

5. Правовая доктрина

6. Нормативный договор

7. Деловое обыкновение

Нормативный правовой акт - это официальный, письменный документ, изданный органом государства, в пределах установленной компетенции, направленный на введение в действие правовых норм, на изменение существующих, либо их отмену. Этот документ всегда обращен к персонально неопределенному кругу лиц. Нормативный правовой акт в большинстве государств служит основным источником и формой права. Эта форма права характерна для Россия и большинства стран Европы. Для нормативных правовых актов характерны следующие признаки:

1) Они исходят только от государственных органов, специально на то уполномоченных;

2) существует особый порядок их принятия;

3) используется писаная форма и оформление в специальном виде;

4) иерархическая подчиненность, основанная на различной юридической силе отдельных актов;

5) содержание нормативных правовых актов составляют нормы права.

Нормативные-правовые акты могут издавать не любые государственные органы и должностные лица, а лишь специально уполномоченные государством на этот вид деятельности. Все нормативные-правовые акты имеют государственный характер, т.е. они общеобязательны, к их содержанию и действию предъявляются особые требования.

Следует, вместе с тем, иметь в виду, что существуют акты органов государства, которые не носят нормативного характера. Например, Президент РФ имеет право издавать не только указы нормативного характера, содержащие правила поведения, но и указы ненормативные, в частности, о назначении на должность министра или посла какого-либо конкретного лица, о награждении орденом или присвоении воинского или почетного звания. Акты ненормативного характера адресуются индивидуально-определенному лицу (Иванову И.И., Петрову А.Н. и т.п.), издаются на основе действующих норм права и не устанавливают новых норм.

Нормативные правовые акты, в зависимости от их юридической силы, органа, который их принял, и способа принятия делятся на две большие группы: на законы и подзаконные акты.

На протяжении ряда столетий и даже тысячелетий закон как форма (источник) права привлекал к себе повышенное внимание многих исследователей. Пытаясь проникнуть в суть явления, именуемого "законом", авторы бесчисленных книг и статей предпринимали огромные усилия для изучения его природы, характера, формально-юридических признаков и черт, его содержания, социальной роли и назначения. И в этом весьма преуспели.

Разумеется, это вовсе не означает, что о законе все познано. Это не тот случай, когда, выражаясь словами известного французского моралиста XVII в. Жана де Лабрюйера, можно лишь печально констатировать, что "все давно сказано, и мы опоздали родиться, ибо уже более семи тысяч лет на земле живут и мыслят люди", что "урожай самых мудрых и прекрасных наблюдений" над человеческими нравами снят и "нам остается лишь подбирать колосья, оставленные древними философами и мудрейшими из наших современников".

Это совсем не так. За многие столетия изучения закона накопилась огромная сумма знаний о нем, выработалось определенное представление о данном явлении, сложился вполне определенный стереотип. Но вместе с тем осталось огромное поле деятельности для современных и будущих исследователей, осталось великое множество до конца не известных его сторон.

Дело в том, что закон, как и право в целом, не является раз и навсегда данным, застывшим в своем развитии институтом. Вместе с обществом и государством он постоянно изменяется и развивается. В силу этого меняются в известной степени и взгляды о нем, о его отдельных признаках и чертах. Возникают противоречивые мнения и суждения. Вырабатываются и предлагаются порой весьма противоречивые определения закона и неоднозначные о нем представления.

Например, иногда закон рассматривается в самом "широком" смысле как синоним понятия права, а точнее - законодательства. Законами называются все нормативно-правовые акты (их совокупность), исходящие от государства в лице всех его нормотворческих органов. Под именем закона понимается, писал Г.Ф. Шершеневич, "норма права, исходящая непосредственно от государственной власти в установленном заранее порядке". Прежде всего "закон есть норма, т.е. общее право, рассчитанное на неограниченное число случаев. Неизбежность этого признака вытекает из того, что закон есть норма права, а следовательно, вид не может быть лишен того свойства, какое присуще роду".

Из этого рассуждения следует, что первостепенной по значимости отличительной чертой закона является его нормативный характер. Однако нормы права содержатся и в любом ином нормативно-правовом акте. Следуя логике, любой такой акт должен рассматриваться в виде закона.

В обыденной жизни, в обиходе использование термина "закон" для обозначения любого нормативного акта, исходящего от государства, является довольно распространенным и вполне допустимым, ибо подчеркивает важность соблюдения всех законодательных актов, а не только собственно законов. Юридически же это выглядит весьма некорректно. Отождествление закона с другими нормативно-правовыми актами вносит путаницу в различные формы (источники) права, снижает эффективность их применения.

Закон - это принятый в особом порядке "первичный правовой акт" по основным вопросам жизни государства, "непосредственно выражающий общую государственную волю и обладающий высшей юридической силой". Или: закон - это нормативно-правовой акт, "принимаемый высшим представительным органом государства в особом законодательном порядке, обладающий высшей юридической силой и регулирующий наиболее важные общественные отношения с точки зрения интересов и потребностей населения страны". "В юридическом смысле закон - это нормативный акт, принимаемый в особом порядке, обладающий после Конституции наибольшей юридической силой и направленный на регулирование наиболее важных общественных отношений".

Можно привести еще целый ряд аналогичных определений или сформулировать свою собственную дефиницию закона. Однако дело не в этом. Главное состоит в том, чтобы понять основной смысл, содержание того, что называется законом, выделить и рассмотреть его основные, специфические черты.

Чем выделяется закон среди других нормативных правовых актов? Что характеризует его и каковы его основные признаки и черты? Обобщая весь накопленный материал и используя информацию, содержащуюся в приведенных выше дефинициях, можно указать на следующие специфические особенности закона.

Во-первых, закон - это нормативно-правовой акт, принимаемый только высшими органами государственной власти (Федеральным собранием - в России, Конгрессом - в США, парламентом - в Италии, Франции, Японии и др.), представляющими в формально-юридическом смысле весь народ, или же непосредственно самим народом с помощью референдума.

Данный признак закона выделяется исследователями многих стран и является довольно устоявшимся. Однако его нельзя считать общепризнанным, как минимум, по двум причинам.

Одна из них заключается в том, что при этом не учитывается тот факт, что в некоторых странах (например, в правовой системе США) наряду с высшими органами государственной власти в качестве фактических творцов закона выступают и другие государственные органы (например, высшие судебные инстанции). "Если трезво смотреть на вещи, - отмечается в связи с этим в американской литературе, - то становится ясным, что во многих случаях суды являются творцами законов, поскольку именно они интерпретируют его. Без авторитетной интерпретации многие законы теряют и сам смысл".

Следующая причина того, почему названную особенность нельзя считать общепризнанным признаком закона, состоит в том, что референдум далеко не во всех странах признается в качестве конституционного способа принятия данных нормативно-правовых актов. В некоторых странах (как, например, в США) он вообще законодательно не закрепляется на федеральном, общегосударственном уровне. В других же странах (как, например, в Швеции) референдум имеет не законодательный (императивный), а лишь совещательный характер. При этом Конституция Швеции закрепляет, что "предписания о совещательном референдуме во всем государстве" устанавливаются специальным законом.

Таким образом, утверждение о том, что принятие закона только высшими органами государственной власти или с помощью референдума является его специфическим признаком, хотя и широко распространено, но, отнюдь, не бесспорно и не общепризнанно.

Во-вторых, закон обладает высшей юридической силой среди всех остальных источников права, имеет верховенство и является главенствующей формой права.

Данные особенности закона множество раз подтверждались государственно-правовой теорией и практикой многих стран и, как правило, не подвергались сомнению. Констатируя данный факт, Г.Ф. Шершеневич еще в начале нашего столетия отмечал, что "формою права, преобладающею в настоящее время у всех цивилизованных народов, является закон, который совершенно отодвинул на задний план все иные формы. Возможность для организованного общества создавать правила поведения, обязательные для всех, выражается именно в законодательной деятельности".

Однако применительно к правовой системе Великобритании и некоторых других стран, где широкое распространение в качестве источника права получила судебная практика, вопрос о главенствующей роли закона в системе остальных форм права трактуется неоднозначно и подвергается сомнению.

Так, по мнению известного французского правоведа Р. Давида, закон в английской системе права традиционно рассматривался и рассматривается, несмотря на позитивные сдвиги после Второй мировой войны, в сторону интенсивного развития законодательства в качестве "второстепенного источника права". В традиционной английской концепции права закон "не считается нормальной формой выражения права, а всегда является инородным телом в системе английского права". Конечно, судьи "применяют закон, но норма, которую он содержит, принимается окончательно, инкорпорируется полностью в английское право лишь после того, как она будет неоднократно применена и истолкована судами в той форме, а также в той степени, какую установят суды". Ведущую роль в английской правовой системе играет судебная практика.

Иного мнения по вопросу о главенствующей роли закона в английской системе права придерживаются сами англичане. Еще в XIX в. один из видных английских юристов К. Дайси утверждал, что "две существенные черты характеризовали публичные институты Англии во все времена, начиная с завоевания норманнов. Первая - это всемогущество или то бесспорное главенство, которое осуществлялось центральной властью над всей страной; вторая, тесно связанная с первой, это царство закона, его главенство".

Не вникая в суть спора и противоречий, касающихся вопроса о "главенстве" закона в системе других форм (источников) английского права, важно, однако, подчеркнуть, что рассматриваемый признак данного правового акта хотя и является устоявшимся, но отнюдь не является общепризнанным признаком. Помимо всего прочего это свидетельствует об относительном, а не абсолютном характере знаний о законе и широких возможностях его дальнейшего исследования.

В-третьих, закон как источник права, исходящий от высшего органа государственной власти, представляющего (по крайней мере, теоретически) волю и интересы всего общества или народа, должен также отражать волю и интересы всего общества или народа. Для отечественной и зарубежной правовой теории довольно традиционным стало рассматривать закон в качестве выразителя "общей воли".

Однако столь же традиционной была и остается критика подобного представления и подхода к закону. Еще в начале ХХ в. Французский ученый Морис Ориу настоятельно требовал "отказаться от иллюзий непогрешимости закона, которая к тому же самым жестоким образом опровергается фактами", а заодно, - и от "революционной теории общей воли".

Он считал глубоко ошибочной формулу, согласно которой "закон есть выражение общей воли". Ибо на самом деле закон является "делом воли большинства, существующей в парламенте или в пределах избирательного корпуса". Именно эта воля, а не общая воля является "законодательствующей", господствующей. Что же касается общей воли, "не воли большинства, а воли единодушной, то она есть не что иное, как воля присоединения или согласия".

Аналогичного мнения придерживаются и другие авторы. Исходя из этого логичнее было бы говорить об "общей воле" в связи с выявлением специфических признаков не как о факте, а как о способности и потенциальной возможности его адекватно отражать и полностью выражать "общую волю" народа или всего общества.

В-четвертых, законы, в отличие от других нормативно-правовых актов, издаются по наиболее важным вопросам государственной и общественной жизни. С их помощью упорядочиваются и регулируются наиболее важные общественные отношения.

Чтобы убедиться в этом, достаточно взглянуть уже на сферу конституционного регулирования в России или в любой зарубежной стране. Несмотря на существующие между ними различия, все они опосредуют общественные отношения, касающиеся государственного и общественного строя, государственного режима, прав и свобод граждан, организации и деятельности государственных органов, порядка законотворчества и др.

Наконец, в-пятых, законы принимаются, изменяются и дополняются в особом, строго установленном законодательном порядке.

Законодательная процедура существует в каждом государстве. Она закрепляется, как правило, особыми актами - Положениями или Регламентами высших органов государственной власти и является объективно необходимой.

Этот формальный момент выражения воли, справедливо утверждал Шершеневич, "необходим совершенно независимо от организации государственной власти". В чем заключается эта необходимость? Почему нужна законодательная процедура? Отвечая на этот вопрос, автор вполне резонно замечал: "Если в конституционных государствах граждане стремятся оградить себя твердым законодательным порядком от произвола исполнительных органов, то и при абсолютном режиме монарх заинтересован в том, чтобы его подданные знали и выполняли его волю, а для этого он должен установить форму, которая служила бы для подданных ручательством, что дошедшее до них повеление выражает действительно волю монарха. Выраженная не в установленной форме, воля органов государственной власти не может быть признаваема за подлинную".

В каждой стране существует свой собственный и особый порядок принятия, изменения и дополнения законодательных актов и положений. Однако все принимаемые законы, как правило, проходят через одни и те же стадии процесса правотворчества, начиная с момента внесения законопроекта в высший законодательный орган, его обсуждения и утверждения и кончая опубликованием (обнародованием) принятого закона.

В том случае, если закон принимается путем референдума, отдельные стадии и весь порядок его принятия оговариваются в специальном Законе о референдуме.

Будучи весьма схожими между собой по способу формирования, юридической силе, месту и роли в правовой системе, законы, тем не менее, значительно отличаются друг от друга. Они подразделяются на определенные виды. Существуют различные критерии классификации законов.

Так, в зависимости от значимости содержащихся в них норм законы объективно подразделяются на конституционные и обыкновенные, или текущие.

К конституционным законам относятся прежде всего сами конституции; затем - законы, с помощью которых вносятся изменения и дополнения в тексты конституций, и, наконец, законы, необходимость издания которых предусматривается самой конституцией.

Примером издания последних может служить Закон о политических партиях германии, издание которого предусмотрено Основным законом ФРГ 1949 г. (п. 3 ст.. 21); Закон о Правительстве Российской Федерации, предусмотренный п. 2 ст. 14 Конституции 1993 г., согласно которой "порядок деятельности Правительства Российской Федерации определяется федеральным конституционным законом"; Закон о Конституционном суде Италии, предусмотренный ст. 137 Конституции 1947 г.

Конституционные законы отличаются от текущих законов и всех других нормативно-правовых актов не только по содержанию, но и по форме, характеру, порядку их принятия, внесения в них изменений и дополнений. Любая конституция в силу широты охвата ею самых разнообразных сфер жизнедеятельности общества и государства, а также в силу многих других причин выступает не только как сугубо юридический, но и как политический и идеологический по своему характеру документ. Она обладает самой высокой юридической силой по отношению ко всем без исключения формам (источникам) права и служит правовой основой для всей правотворческой и правоприменительной деятельности в государстве.

Порядок принятия, внесения изменений и дополнений в конституцию предусматривается, по общему правилу, самой конституцией. Конституции многих государств содержат целые главы, разделы или обширные статьи, посвященные порядку внесения конституционных поправок и пересмотра конституций. Особое внимание в них уделяется вопросам инициативы пересмотра конституции, процедуре пересмотра условий и принятия решения.

Так, согласно Конституции Франции (ст. 89) инициатива ее пересмотра принадлежит Президенту страны, "действующему по предложению Премьер-министра, а также членам парламента". Проект или предложение пересмотра Конституции "должны быть приняты двумя палатами в идентичной редакции. Пересмотр является окончательным после одобрения его референдумом". Конституция предусматривает также, что никакая процедура по ее пересмотру не может быть начата или продолжена при посягательстве на целостность территории" и что "республиканская форма правления не может быть предметом пересмотра".

В соответствии с Конституцией России предложения о поправках и пересмотре ее положений могут вноситься Президентом РФ, Советом Федерации, Государственной Думой, Правительством России, законодательными органами субъектов РФ, а также группами депутатов численностью не менее одной пятой членов от каждой из палат (ст. 134).

В отличие от конституционных законов для принятия или изменения обыкновенных законов не требуется усложненного порядка или квалифицированного (в 2/3, 3/4 или же как в Конституции Греции - 3/5 большинства депутатских голосов. В данном случае считается достаточным абсолютное большинство голосов).

Различия в процедуре принятия и изменения конституционных и обыкновенных законов отражают их неодинаковую значимость в системе различных форм права и, в частности, среди нормативно-правовых актов. Более упрощенная по сравнению с конституционными актами процедура принятия и изменения текущих законов - обыкновенных актов подчеркивает их относительно меньшую глобальность, функциональность и стабильность как регуляторов общественных отношений.

В зависимости от органов, издавших тот или иной закон, а также от территории, на которую распространяется его действие, законы в федеративном государстве подразделяются на федеральные (общефедеральные) и на законы, принятые субъектами федерации. Первые издаются высшими органами государственной власти федерации и распространяются на всю ее территорию. Вторые - высшими органами государственной власти субъектов федерации и, соответственно, имеют юридическую силу лишь на подведомственной территории. По общему правилу, в случае расхождения федеральных законов с законами субъектов федерации первые имеют приоритет над вторыми.

Так, например, согласно ст. VI Конституции США федеральные законы, "равно как и все договоры, которые заключены или будут заключены Соединенными Штатами, являются высшими законами страны, и судьи каждого штата обязаны к их исполнению, хотя бы в Конституции и законах отдельных штатов встречались противоречащие постановления".

Согласно Конституции России "законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации не могут противоречить федеральным законам", принятым по предметам исключительного ведения РФ или же по предметам совместного ведения РФ и субъектов федерации. "В случае противоречия между федеральным законом и иным актом, изданным в Российской Федерации, действует федеральный закон" (п. 5 ст. 76).

В случае же противоречия между законами и нормативно-правовыми актами субъектов РФ, изданными по предметам исключительного ведения последних, "действует нормативный правовой акт субъекта Российской Федерации" (п. 6 ст. 76).

Законы, как основные, главенствующие нормативно-правовые акты, очень тесно связаны и взаимодействуют с другими нормативно-правовыми актами.

На примере законодательства России можно видеть, как на их основе и в развитие содержащихся в них положений издаются такие нормативные акты, как постановления правительства РФ. Они издаются по наиболее важным вопросам хозяйственного, социального и культурного строительства и, согласно Конституции, наряду с распоряжениями Правительства, имеющими, как правило, индивидуальный характер, "обязательны к исполнению в российской Федерации" (п. 2 ст. 115). В случае противоречия постановлений и распоряжений правительства Конституции РФ, федеральным законам и указам Президента России они "могут быть отменены президентом Российской Федерации" (п. 3 ст. 115).

В рамках действующей Конституции и федеральных законов издаются также указы Президента РФ, содержащие в себе правила общего характера. Вместе с другими актами Президента - распоряжениями, имеющими индивидуальный характер, указы, согласно Конституции, "обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации" (п. 2 ст. 90). Они издаются по вопросам, отнесенным Конституцией к компетенции Президента РФ (ст. 80-89).

Наряду с названными нормативно-правовыми актами на основе действующих законов издаются также и другие, аналогичные им по своему характеру, акты. На уровне федерации - это акты центральных органов государственного управления (министерств, государственных комитетов, ведомств). На уровне субъектов федерации - это республиканские законы, акты президентов (в президентских республиках), постановления правительств республик, а также нормативные акты республиканских органов государственного управления. К этой же категории актов, издаваемых на уровне субъектов федерации, Конституцией России отнесены уставы краев и областей, определяющие правовой статус данных субъектов федерации, а также нормативные акты, издаваемые органами государственной власти и управления городов федерального значения (Москвы и Санкт-Петербурга), автономной области и автономных округов.

Законы принимаются представительными (законодательными) органами, подзаконные акты - всеми остальными уполномоченными органами и должностными лицами, чаще всего исполнительными органами власти. В современной России судебные органы не имеют права принимать нормативные правовые акты. Они лишь вправе применять или толковатьуже действующие нормы права.

Закон - это нормативный правовой акт, который обладает высшей юридической силой и принимается представительными (законодательными) органами государственной власти в особом порядке. (Пример закона - Конституция, Уголовный кодекс, Гражданский кодекс, Устав железных дорог).

Эта форма используется для регулирования наиболее важных для жизни общества отношений. Закон обладает высшей юридической силой. Отсюда следует, что закону присущи следующие черты:

1) это акт представительных (законодательных) органов государственной власти или акт, принятый всенародным голосованием (референдумом);

2) он регулирует наиболее важные общественные отношения, например, права и обязанности личности, отношения собственности, устройство государства и т.д.;

3) закон принимается по особой процедуре, носящей название законодательного процесса; и

4) обладает верховенством в правовой системе государства.

Верховенство закона, его высшая юридическая сила означает, что при принятии нового закона все другие нормативно-правовые акты должны быть приведены в соответствие с законом, а в случае противоречия закону любой акт может быть опротестован или отменен. Закон всегда нормативен, так как содержит нормы права, и этим он отличается от деклараций, обращений и других актов, принимаемых представительными органами власти.

Среди законов высшую юридическую силу имеет конституция, на основе которой издаются другие законы и иные нормативные правовые акты. Никакой акт государства не может противоречить конституции, ее нормы всегда имеют приоритет перед нормами других актов.

Законы подразделяются на конституционные и обыкновенные (текущие). Конституционные законы - это такие законы, принятие которых предусмотрено в самом тексте конституции. В Российской Конституции они называются федеральными конституционными законами. В конституциях других государств, например, Испании, Франции, они называются органическими. Этим законам присущи следующие особенности:

1) они обладают более высокой юридической силой по сравнению с обыкновенными законами;

2) принимаются в особом порядке - квалифицированным большинством, т.е. заранее установленным повышенным кворумом при голосовании. В России, например, за федеральный конституционный закон должны проголосовать не менее 2/3 депутатов Государственной Думы и 3/4 членов Совета Федерации от их списочного состава. В то время как для принятия обыкновенного закона достаточно простое большинство голосов в обеих палатах (50% плюс один голос);

3) Глава государства не обладает правом вето в отношении конституционных законов, а должен по истечении определенного срока (в России - в течение 14 дней) подписать закон и обнародовать его.

В числе упомянутых в Конституции России федеральных конституционных законов, уже приняты и действуют подобные законы - о Правительстве РФ, о Конституционном Суде РФ, об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации, о Судебной системе РФ и др. Предстоит принять законы о чрезвычайном положении, о военном положении, о гимне, флаге, гербе России и ряд других.

Обыкновенные законы различаются по отраслям. Выделяют кодифицированные законы - кодексы (гражданский, уголовный, гражданский процессуальный, уголовно-процессуальный и т.д.).

Все законы независимо от их характера подлежат обнародованию и опубликованию.

Действует конституционное правило, что неопубликованные законы не могут применяться.

К подзаконным нормативным правовым актам относятся все нормативные правовые акты, принятые иными, кроме законодательных, уполномоченными на то органами государственной власти. Примерами таких нормативных правовых актов могут служить указы Президента. Они не могут противоречить Конституции и законам. Подзаконные нормативные правовые акты принимаются и другими органами государства - правительством, местными органами государственной власти и иными органами. Они также не могут противоречить Конституции, законам и указам Президента и издаются строго в пределах их компетенции. Законность таких актов проверяется в судебном порядке, и они поднадзорны прокуратуре, т.е. она может их опротестовать (кроме правительственных актов, которые может отменить только Президент).

К подзаконным актам относятся и акты центральных органов исполнительной власти - министерств, государственных комитетов, федеральных служб, а также акты глав местной администрации и исполнительных органов субъектов Федерации.

Любые нормативно-правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, подлежат опубликованию для всеобщего сведения, иначе они не могут применяться.

Все другие формы (источники) права относятся к так называемым незаконодательным. То есть они формируются не специальными законотворческими органами государства.

Судебный прецедент - это общее официальное правило, которое устанавливается судьей при решении конкретного дела (в тексте судебного решения по конкретному делу), в том случае, когда он обнаруживает, что из всех действующих правовых норм ни одна из них не подходит к данному случаю. Это общее правило становится обязательным, частью действующего права, которое подлежит применению судами, равными по статусу данному суду, а также всеми нижестоящими судами. Судебный прецедент - один из основных источников права в странах, принадлежащих к англосаксонской правовой семье.

Признание прецедента источником права позволяет судебным и административным органам выполнять правотворческие функции, так как они фактически обладают правом создавать новые нормы права. Тем самым устраняются противоречия между развивающейся практикой и действующим законодательством, что позволяет решать дела при отсутствии норм права.

Российская юридическая практика не признает прецедент в качестве официального источника права, поскольку исходит из того, что судебные и административные органы призваны применятьнормы права, а не создавать их.

Правовой обычай - это придание официальной юридической силы действующему в обществе простому, неправовому обычаю, путем использования его для решения конкретного дела в правоприменительном государственном органе (например, в суде). Отличие правого обычая и судебного прецедента в том, что используется уже известный обычай. Форма выражения - судебное решение. Каждый раз этот обычай нуждается в своем подтверждении (суд ссылается не на решении предыдущего суда, а на соответствующий обычай). Этот источник права имеет субсидиарное (дополняющее) значение. В России правовой обычай используется ограниченно. Например, в морском праве, где для каждого морского порта испокон веков установлены свои обычаи.

Правовые обычаи имеют наибольшее распространение в гражданском, семейном, аграрном праве, а также в международном праве, в частности, во внешнеторговом обороте. Обычаи как бы восполняют отсутствие в законодательстве той или иной нормы. Существуют правовые системы, где роль правового обычая и вообще обычаев достаточно велика. К ним относится обычное право африканских государств, где обычаями регулируются брачно-семейные, земельные отношения и отношения в области наследования. Эти традиционные отношения и в наши дни регулируются нормами обычного права, а судебные органы решают такого рода споры на основе местных обычаев, придавая им юридический, государством защищенный характер.

Принцип права - основополагающая идея права (справедливость, народовластие, презумпция невиновности, причиненный вред должен быть возмещен и т.д.). Принципы права используются при решении конкретных дел в случае, если невозможно найти подходящих правовых норм для данного случая. Сами принципы права в целом или его отраслей сформулированы в конституциях государств, отраслевом законодательстве, международно-правовых договорах. Поэтому применение принципов права к конкретному делу не основывается только на правосознании правоприменителя, но и на действующих конституционных и обыкновенных законах, где эти принципы нормативно сформулированы.

Правовая доктрина - это система взглядов, представлений о праве, о его принципах, изложенная признанными авторитетами в области юриспруденции. Правовая доктрина - это теоретические положения, научные теории юридического характера, в которых формулируются важнейшие принципы, юридические категории, понятия, воззрения юристов-ученых. В некоторых странах правовая доктрина выступает источником права. Так, в английских судах при разрешении конкретных дел принято ссылаться на труды известных юристов в обоснование принятого судебного решения. Аналогичная практика существует и в некоторых мусульманских государствах. (Так, основным источником мусульманского права является исламская религиозная правовая доктрина).

В России в юридической практике широко используются научные комментарии к различным кодексам, но они применяются как справочный, консультационный материал, ссылаться же на комментарий при разрешении судебных споров и при обосновании принятых решений нельзя.

Нормативный договор - соглашение между сторонами направленное на установление официальных юридических правил. Например, международный договор, коллективный договор между хозяином (предпринимателем) и наемными работниками в лице их профсоюза. Договоры нормативного содержания - это соглашения между субъектами, которые добровольно закрепляют взаимные права и обязанности и обязуются их соблюдать. Подобные соглашения служат основой для принятия других нормативных правовых актов. Такие договоры получили распространение в трудовом праве при заключении контрактов между работодателем и работником, в международном праве. В последние годы указанные договоры стали применяться и в конституционном праве России. Например, в 1992 г. был заключен Федеративный договор между Российской Федерацией и ее субъектами о разграничении между ними предметов ведения и полномочий. В 1994 г. был заключен Договор между Российской Федерацией и Татарстаном, где были определены предметы взаимного делегирования полномочий. В дальнейшем такие договоры были заключены и с другими субъектами Федерации.

Деловое обыкновение - это правило, которое складывается в процессе делового обмена, оно связано с торгово-деловыми отношениями. В отличие от правового обычая, деловое обыкновение не имеет глубоких корней в опыте человеческого бытия. Как правило, это признаваемая в данный момент наиболее оптимальная модель поведения в торговом обороте. Например, с появлением общедоступных телефонных сетей появилось деловое обыкновение, в соответствие с которым признавалось правомерным заключение гражданско-правовых сделок по телефону. Примером признания в России делового обыкновения в качестве источника права может служить часть 2 статьи 478 ГК РФ. Согласно данной норме, "в случае, если договором купли-продажи не определена комплектность товара, продавец обязан передать покупателю товар, комплектность которого определяется обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями".

В каждой стране, в зависимости от истории ее развития, особенностей этой истории, национальных традиций, общей и правовой культуры и т.д., принята та или иная совокупность источников права, установлена их иерархия.

Каждый нормативный правовой акт действует в течение определенного времени, на определенной территории и распространяет свое действие на определенный круг лиц.

Поэтому для практической деятельности необходимо получить четкие и недвусмысленные ответы по указанным параметрам каждого применяемого нормативного правового акта.

Знание о действии нормативного правового акта во времени позволяет ответить на вопрос, когда, в какой момент он вступает в силу и когда утрачивает ее.

Нормативные правовые акты вступают в силу, как правило, с момента его принятия, с момента, установленного в самом нормативном правовом акте (в этих двух случаях момент вступления в силу определяется в одной из статей акта) и по истечении общего для всех нормативных правовых актов заранее установленного срока (как правило, через десять дней после официального опубликования. В этом случае в самом акте дата его вступления в силу не указывается).

Отсчет времени вступления в силу нормативного правового акта важно для соблюдения такого правила, как презумпция знания закона. Ведь незнание закона не освобождает от ответственности.

Существует общее правило, что все нормативные правовые акты действуют только на будущее.

Однако из этого правила есть исключения. В некоторых случаях закону может быть придана обратная сила. То есть его нормы могут быть распространены на отношения, возникшие до принятия нормативного правового акта.

Обратная сила закону придается в исключительных случаях. Во-первых, тогда, когда сам законодатель принимает такое решение. И, во-вторых, обратная сила придается автоматически уголовным законам, которые устраняют, отменяют наказуемость деяния или смягчают наказание за конкретное деяние по сравнению с предшествующим законом.

Таким образом, в тех отраслях права, где предусмотрены карательные санкции (уголовное, административное) обратная сила закона никогда не может приводить к установлению или усилению наказания за деяния, совершенные до принятия соответствующего нормативного правого акта.

Обратная сила закону, как исключительная мера, используется в основном в гражданском праве.

Существует также такое понятие, как "переживание старого закона". Это такая ситуация, когда формально отмененный нормативный правовой акт признается действующим применительно к отношениям, возникшим или существовавшим во время его действия. Одновременно применительно к такого же рода отношениям действует новый нормативный правовой акт, по-другому регулирующий такие отношения. Т.е. происходит как бы параллельное действие двух актов по одному предмету - отмененного и нового. Фактически признается действующим не старый акт, а признаются правоотношения, возникшие на основании отмененного акта. Такой подход иногда необходим, чтобы сохранить стабильность в регулируемых отношениях. (Так, те, кто вступил в ЖСК до 1984 года продолжают возвращать кредит в течение 15 лет, а вступившие после 1984 года - будут расплачиваться в течение 25 лет).

Нормативные правовые акты прекращают действие во времени в следующих случаях:

1) истечение заранее установленного срока действия, если был принят на определенный срок;

2) отмена специальным актом правотворческого органа;

3) если по предмету данного акта принят новый, в котором содержатся специальные статьи об отмене предыдущего акта.

Иногда происходит фактическая отмена полностью или частично путем издания нового акта по данному вопросу без указания в его тексте об отмене старого.

Действие нормативного правового акта в пространстве. В этом отношении руководствуются принципом территориального действия нормативного правового акта, т.е. его действие распространяется на той территории, органами государственной власти которой издан данный акт.

Принцип территориального действия связан с принципом государственного суверенитета. Власть государства ограничена его территориальными, пространственными пределами и действие его велений не может выходить за эти пределы.

Под территорией государства понимаются все пространственные объекты внутри границ государства и находящиеся под его юрисдикцией (земная поверхность, территориальные и внутренние воды, недра, воздушное пространство). Территорией государства считаются также военные суда в открытом море и в территориальных водах других государств, невоенные суда в открытом море, территории посольств.

В пространстве нормативные правовые акты действую по-разному. Некоторые действуют на всем пространстве, находящимся под юрисдикцией государства (например, конституция, уголовный, гражданский кодексы), некоторые только на части территории (например, уставы, избирательные законы субъектов федерации, акты, принятые для совокупности территорий - например, Крайнего Севера России).

Но территориальный принцип действия нормативных правовых актов не абсолютен. Некоторые из них могут иметь экстерриториальный характер. Так, нормативные правовые акты, изданные на территории одного государства, могут признаваться и действовать на территории другого, одной административно-территориальной единицы на территории другой. Это достигается путем заключения межгосударственных соглашений, либо принятием национального законодательства, регулирующего вопросы коллизий между нормами различных частей государства.

Принцип территориального действия нормативных правовых актов предопределяет и их действие по лицам. То есть предписания нормативного правового акта распространяются на всех указанных в нем субъектах, и находящихся на территории действия акта.

Из этого общего правила есть исключения:

1) лица, пользующиеся правом экстерриториальности (например, главы государств, дипломатические представители и члены их семей), должны подчиняться праву страны пребывания, но к ним не могут быть применены меры государственного принуждения (санкции правовых норм) данной страны;

2) иностранцы и лица без гражданства не могут быть субъектами некоторых правоотношений (например, избираться в органы государственной власти, служить в армии, быть командирами воздушных и водных судов).

Граждане и органы государства должны подчиняться в полном объеме законам своего государства, даже если они находятся на территории иностранного государства (здесь территориальное действие акта заменяется действием по лицам. Указанные субъекты находятся одновременно под пространственным действием иностранного права и личностным действием своего национального права. Здесь действует принцип - право следует за лицом".