Lex russica (Русский закон), 2011, №1, С. 34-53
Опубликована: Янв. 1, 2011

Эволюция форм права

Кашанина Т.В.
Доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина.

Аннотация

В данной статье рассматриваются следующие понятия: происхождение права, источник права и форма права. Происхождение права — это определенная группа обстоятельств, которые определяют возникновение права и его действие, другими словами, это объективная реальность. Мы должны учитывать климатические, географические, психологические, культурные, экономические, политические и международные факторы. Источником права является воля правотворческих субъектов, таких как люди, государство, группа организаций или граждане. Форма права — это своеобразный депозитарий, в котором содержатся нормы права и откуда мы черпаем знания о праве. В данной статье также подробно анализируются десять форм права в историческом контексте: правовой обычай; религиозные тексты; правовой прецедент; коммерческое использование; чувство справедливости; нормативный акт; правовая доктрина; судебная практика; моральные установки; договор (частноправовой договор появился в древности, публично-правовой договор — недавнее изобретение). Автор делает следующие выводы: 1. Правовые обычаи, религиозные тексты, правовые прецеденты являются основными формами права в традиционных обществах. Договоры также используются в имущественных отношениях. 2. Чувство справедливости и коммерческие обычаи занимают свои места при переходе к рыночной экономике, и принцип справедливости рассматривается как основа первой. 3. Почти все население становится грамотным. Когда общество вступает в индустриальную эпоху, нормативный акт становится основной формой права. Это не случайность. Общество уже достаточно развито, чтобы позволить каждому гражданину быть грамотным. Нормативные акты позволяют предписывать и, при необходимости, изменять поведенческие максимы. 4. Развитое общество радикально повышает человеческий интеллект. Подробнее Начинают использовать аналитические формы права. Это: правовая доктрина, судебная практика, моральные установки, публично-правовой договор.

Ключевые слова: судебный прецедент, источники права, истоки права, нормативный акт, формы права

Проблема форм права не обойдена вниманием ученых. Более того, если проанализировать тематику научных исследований, то можно увидеть, что именно она в том или ином ракурсе, прежде всего, и привлекает разработчиков. Особое внимание, понятно, уделяется законодательству, поскольку именно на него справедливо возлагается основная нагрузка по регулированию общественных отношений. Однако порой складывается впечатление, что законодатели «задыхаются», выполняя эту свою миссию. В общественном же сознании существует стойкое убеждение рассматривать законодательство как панацею от всех бед.

Однако есть и другие формы закрепления норм права, а у законодательства, следовательно, есть множество «помощников» в процессе правового регулирования. Вопрос только состоит в том, как оптимально их использовать.

Рассмотрению всех существующих форм права посвящается данная статья. Автор преследует при этом две цели:

- показать, что помимо нормативных актов есть такие формы права, которые вполне эффективно могут быть использованы, снимая тем самым излишнюю нагрузку с законодательства и не давая ему инфляцироваться;
- доказать, что форма права динамична и подвержена влиянию времени.

НАУЧНАЯ РАЗРАБОТАННОСТЬ ПРОБЛЕМЫ. Теория права сейчас оперирует понятием формы права довольно прочно, понимая при этом то, откуда следует черпать сведения о правовых нормах.

Однако первоначально для этой цели использовался все же термин «источник права». Постепенно по мере накопления наших знаний произошло разделение этих двух понятий. Многие ученые по старинке ставят знак равенства между понятиями «форма права» и «источник права»[1]. Другие занимают более сложную позицию и приравнивают данные понятия только в части, касающейся формально-юридических источников права, т.е. способов формулирования юридических норм[2]. Факторы же, влияющие на характер права (экономические, идеологические, политические и т.д.), выводят за рамки их совпадения.

Действительно, понятия «формы права» и «источники права» - понятия разные. Об этом и свидетельствует многоплановость и

1. См.: Байтин М.И. Сущность права. Саратов, 2001. С. 67.
2. См.: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 155; Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 57.

усложненная трактовка понятия «источник права» В.Н. Карташовым и М П Марченко, авторами, чьи достижения по данной тематике особенно несомненны. Однако замечено, что когда какой-либо термин приобретает многозначность, а понятие, им обозначаемое, начинают трактовать с одной стороны и с другой стороны, в узком и широком смысле, то это свидетельствует о значительном накоплении наших знаний об изучаемом предмете (явлении) и необходимости их дифференциации. Пришло время в юридической науке дифференцировать понятия, о которых идет речь, и, соответственно, усложнить терминологию. Предлагаю по-новому подойти к рассматриваемой проблеме и различать такие понятия, как «истоки права», «источники права» и «формы права».

ИСТОКИ ПРАВА. Здесь имеется в виду прежде всего генетический аспект или иначе причины, которые вызвали к жизни появление права[3].

Истоки права - это обстоятельства, обусловившие появление права и его действие.

Этот термин употребляется в смысле корня, из которого растет могучее дерево, называемое правом. Если кратко, то в качестве истока права мы можем рассматривать объективную реальность. Правда, этот термин довольно широк. Попытаюсь его конкретизировать.

К истокам права следует отнести и среду обитания народа, и его психологию, и развивающиеся общественные отношения во всех ипоста
сях. Общий же их перечень довольно большой. Разобью их на группы в зависимости от увеличения степени оказываемого ими влияния на право:

- естественные факторы: климатические; географические; биологические; демографические и др.;
- психологические факторы: менталитет народа; национальные традиции и др,;
- культурологические;
- мировоззренческие факторы: религиозные; философские; идеологические; моральные и др.
- экономические факторы: производственные; распределительные; отношения потребления и др.

3. См.: Малый толковый словарь русского языка. М., 1993. С. 188.

- политические факторы: форма правления; форма территориального устройства; политический режим и др.
- международные факторы: военные; геополитические; внешнеэкономические и др.

Как видим, право имеет мощные корни, что красноречиво говорит об объективном его характере.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА. В данном случае на первое место в характеристике права выходит созидательный аспект[4]. Иначе речь идет о том, какие факторы определяют сам характер норм права, ибо объективная действительность напрямую не может транслироваться в нормах права.

Понятно, что созидание предполагает подключение уже духовных моментов, ибо оно присуще только людям, существам сознательным. Таковым духовным регулирующим началом является воля, естественно, обусловленная потребностями и интересами правотворческих субъектов. Ее суть состоит в прояв лении свободы выбора чего-либо, а в нашем случае - в формировании норм права, в определении их характера.

Свобода выбора в правовом регулировании имеет непроизвольный характер. Выбор того или иного варианта должного поведения производится в соответствии с ценностями, признаваемыми тем или иным правотворческим субъектом, и тем, как они субординированы. Кроме того, очень многие волевые проявления при формировании правовых норм, а следовательно, и ценности (или положение вещей, обладающих ценностью), обнаруживаются в контексте существующей ситуации. Именно это делает нормы права отнюдь не вечными, а изменчивыми. Причем чем быстрее изменяется ситуация в обществе, тем скорее устаревают нормы права. Это отчетливо видно в переломные моменты развития общества (в период революционных изменений).

Источниками права является воля правотворческих субъектов (через которую объективная реальность преломляется в нормах права): а) воля человечества (в правах человека, принципах права); б) воля народа (в ре- ферендумных нормах); в) воля государства (в законодательных нормах); г) воля коллектива (в

4. Термин источник происходит от слова «источать», т.е. испускать, распространять, издавать (см.: Словарь синонимов русского языка. М., 1986. С. 186). Поэтому с точки зрения русского языка «исток» и «источник» – это разные термины. Условно говоря, таяние снегов в горах – это причина, а горная река (течение которой, впрочем, можно рукотворно несколько и изменить) – это вместилище для воды.

корпоративных нормах); д) воля граждан, организаций (в договорных нормах).

Получается, что источники права - это результат осознания объективных общественных потребностей посредством ряда правотворческих процедур. То, чем будут наполнены формы права, как раз и зависит от волевой обусловленности или от источников права.

Как видим, проблема источников права - это проблема подключения в процессе формирования права уже субъективных моментов[5]. Все это дает основание говорить о том, что право в целом есть явление объективно-субъективного плана. Именно волей правотворческих субъектов объясняется тот факт, что одни и те же общественные отношения могут быть урегулированы правом разновариантно.

ПОНЯТИЕ ФОРМЫ ПРАВА. Форма права - это резервуар, где находятся юридические нормы, то, из чего мы черпаем знания о праве.

В самом деле, правовая норма - это всего лишь логическая абстракция, не существующая сама по себе. Для того чтобы правило поведения, установленное государственными органами или частными субъектами, выполняло свои функции, оно должно быть выражено в доступной для восприятия форме. Однако и этого мало. Форма выражения правовых норм должна с достоверностью свидетельствовать о том, что правило поведения признается, а потому подлежит охране со стороны государства. Поэтому функции формы права может выполнять не любая форма выражения правовых норм, а только та, которая обладает свойством официальности, т.е. приемлемости с точки зрения государства.

ВИДЫ ФОРМ ПРАВА И их ЭВОЛЮЦИЯ. В истории правового развития можно отметить десять форм права. Перечислю в историческом контексте, т.е. в зависимости от времени их появления на арене человеческого бытия: 1) правовой обычай; 2) религиозные тексты; 3) юридический прецедент; 4) деловое обыкновение; 5) правосознание; 6) нормативный акт; 7) юридическая доктрина; 8) судебная практика; 9) моральные воззрения; 10) договор (частноправовой появился в древности, публично правовой используется в демократических странах).

5. Думается, что и Е.А. Ершова полагала, что объективная реальность напрямую не отражается в нормах права, когда выдвигала в качестве источников права: 1) единообразные, повторяемые действия субъектов права; 2) соглашения между ними; 3) их правотворческую деятельность. Никто не будет отрицать, что для всех этих видов деятельности характерна волевая компонента (см.: Ершова Е.А. Сущность, источники и формы трудового права Российской Федерации. М., 2009. С. 38).

Следует отметить, что смена приоритетов в применении той или иной формы права происходит в основном эволюционным путем. Выглядит это в некотором роде как эстафета, когда предыдущая форма права, выполнив свою задачу на том или ином историческом отрезке и став менее значимой и применяемой в меньшем объеме, как бы передает основную нагрузку по правовому урегулированию другой форме права, более прогрессивной, в большей мере соответствующей новым условиям. Однако это не означает, что предыдущая форма права, что называется, стирается с лица земли. Нет, она продолжает использоваться, но в ограниченном масштабе, и регулирует общественные отношения, менее приоритетные для хода развития.

Кроме того, в процессе правового развития новые формы права зарождаются тоже постепенно: сначала используются лишь эпизодически, затем, показав свою эффективность, берут на себя несколько большую, а потом и основную нагрузку. Вот почему анализ форм права той или иной страны позволяет обнаружить, что одновременно применяются сразу многие формы права, но их удельный вес разный.

Однако поскольку историческое развитие стран различно, то выстроить какую-либо одну жесткую схему динамики форм права не удается. Скажем, если цивилизация в Северной Америке возникла в результате «экспорта» ее из Англии, страны уже находившейся на высокой ступени правового развития, то, соответственно, в США мы ни на одном историческом отрезке не обнаружим царства обычаев или религиозных источников в качестве приоритетных форм права. Или в странах мусульманского права еще не наступил этап главенства нормативного акта среди других форм права.

Динамика форм права не столь сильна, как динамика содержания права. Но на нее также оказывают влияние происходящие изменения в экономической, политической, социальной и других сферах жизни. Так, скажем, неразвитость письменных форм общения между людьми делала невозможным и бесполезным использование нормативного акта как способа закрепления правовых норм.

Кратко охарактеризую указанные формы права.

1. Правовой обычай. Принято им называть устойчивое правило поведения, сложившееся в результате многократного повторения в общественной практике и обеспечиваемое силой государственного принуждения.

Это самый древний источник права, да и само право как социальное явление зародилось в значительной мере в результате приспособления обычаев, их корректировки в соответствии с интересами имущих классов. Вообще обычай - правило поведения, которое сложилось в течение жизни нескольких поколений и стало обязательным в силу многократного повторения, в силу привычки. Обычай еще называют правилом, утвержденным применением[6].

Однако не всякие обычаи являются формой права, а лишь те, которые затрагивают общественные интересы. Например, при разводе супруги решают вопрос о проживании детей. При этом суд, как правило, руководствуется обычаем, согласно которому мать воспитывает детей, а отец добывает средства к существованию. Российские суды при разводе супругов обычно оставляют ребенка с матерью, хотя ни в одном нормативном акте такого правила нет. Тем самым они защищают этот обычай, что получает выражение в судебном решении. Почему государство согласилось с обычаем и стало его защищать? Потому, что обществу нужно здоровое будущее поколение, хорошо воспитанные дети, и у матери, как правило, больше возможности достичь этого результата. Именно такие обычаи и становятся источником права, хотя они ни в одном законе не закреплены.

Однако некоторые типичные и значимые с точки зрения общества ситуации, регулируемые обычаями, государство закрепляет в законодательстве для того, чтобы они решались единообразно. Понятно, что нормы обычного права, перешедшие в нормативный акт, становятся теперь уже законодательными нормами.

В ходе истории правовые обычаи постепенно вытесняются другими формами права. Возникает вопрос, можно ли сегодня положиться на обычаи в регулировании общественной жизни? Способны ли они хоть как-то снять нагрузку с законодательства? Ответ здесь придется дать отрицательный: современная жизнь очень динамична, а обычай - это такая форма права, которая развертывается во времени очень медленно. Не случайно в настоящее время эта форма права в развитых странах употребляется очень редко.

1. Религиозные тексты. От обычаев эстафету в закреплении норм права исторически принимают религиозные тексты, в которых содержатся своды религиозных правил. К

6. См.: Словарь терминов / под ред. А.А. Новиковой. М., 1989. С. 12.

церковным книгам и писаниям (Талмуд, Библия, Коран, Сунна, Веды и др.), следует добавить акты религиозных деятелей и религиозных судов.

В Западной Европе роль религиозных правил была решающей при разрешении многих категорий дел во времена Средневековья. Инквизиционные костры - самое яркое и жестокое проявление этого.

Ислам как религия возник позднее христианства (в VII в.). И понятно, что с тех пор значение религиозных текстов стало решающим. Но в мусульманских странах до сих пор, как в общественной, так и в частной жизни, государство принудительно обеспечивает многие нормы мусульманских традиций. В этом ему помогают правоведы, кропотливо работая над интерпретацией религиозных текстов и искренне желая жить в соответствии с волей Бога[7]. И хотя теперь отношение к закону изменилось в том отношении, что охват им общественных отношений и его значение увеличились (многие страны внешне восприняли европейскую систему права), дух мусульманских традиций остается живым. Значение религиозных текстов таково, что им не могут противоречить законодательные нормы.

Какой же прогноз можно дать относительно этой формы права? Что касается развитых стран, то здесь все очевидно: использование этой формы права для них далеко в прошлом. Но и для стран, где религия сейчас является значимым фактором общественной жизни, замещение в процессе правового регулирования религиозных текстов законодательством представляется делом времени.

1. Юридический прецедент. Это отнюдь не современная, но более распространенная на сегодняшний день форма права, чем правовой обычай. В настоящее время прецедент по-прежнему играет главную роль в Англии и в странах, в которых получило развитие так называемое англосаксонское, или общее право. В России официально судебный прецедент не признается источником права. Тем не менее на практике он играет немаловажную роль: акты судов высших инстанций по конкретным делам нередко содержат в себе прецедентное правило.

7. См.: Вайсс Б.Д. Дух мусульманского права. М.; СПб., 2008. С. 292

Прецедент - это следующий источник права, появившийся вслед за обычаем и религиозными текстами на арене правового бытия. Именно он в последующем передает эстафету нормативному акту[8]. Общество должно было еще интеллектуально подрасти, чтобы формулировать обобщенные нормы, которые характерны для нормативных актов.

Юридический прецедент (судебный или административный) - это опубликованное решение по конкретному делу (судебному или административному), содержащее новое правило поведения, ставшее образцом для рассмотрения аналогичных дел в будущем.

Новое правило - это обобщенное положение, выработанное в ходе рассмотрения конкретного правового казуса. В российской юридической науке (по причине официального непризнания прецедентов формой права) для обозначения таких положений уже давно используется термин «правоположения». По сути, правоположения - это нормы права, но со многими оговорками.

Во-первых, обязательность правоположений очень условна. Можно, конечно, рассуждать так, как это делает А.Н. Обыденнов, безоговорочно признавая за правоположениями обязательный характер[9]. В конституции, отмечает он, говорится о том, что все граждане равны перед законом и судом, а следовательно, если суд, отступая от общепризнанных (опубликованных) правоположений, по-иному решает дело, то он нарушает равенство граждан перед судом. Конечно, это так, но любой суд может отвергнуть правоположение по тем мотивам, что объем рассматриваемого им правового казуса не совпадает с тем, который лег в основу правоположения, т.е. ему нетрудно обосновать, что его дело отнюдь не является аналогичным.

Во-вторых, за игнорирование правоположений формально санкций не установлено. Однако поскольку в итоге они создаются не любым судом, а только судом высшей инстанции, то с правоположениями очень считаются: ведь высшие суды рассматривают очень сложные и многократно оспариваемые

8. В российской юридической науке пока еще, к сожалению, большинство авторов трактуют юридический прецедент очень широко: здесь и разрешение конкретных дел, и обзоры, и толкование судебной практики, и установление соответствия нормативных актов тем, которые имеют более высокую юридическую силу, так называемый нормоконтроль (см.: Карташов В.Н. Теория правовой системы. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 159; Марченко М.Н. Судебный прецедент: разнообразие понятий и многообразие форм проявления // Журнал российского права. 2006. № 6; и др.). Однако далеко не все, что выходит из под пера судебных органов, может быть признано прецедентами.

9. См.: Обыденнов А.Н. Правоположения судебной практики // Журнал российского права. 2002. № 1

дела, а поэтому их авторитет очень высок. Именно это приводит к тому, что прецедентные решения становятся всего лишь де-факто обязательными для всех судов. Действительно, судьи по роду профессии знакомятся с журналами, где публикуются конкретные дела, рассмотренные судами высших инстанций, и ориентируются на них в ходе рассмотрения аналогичных дел[10].

Понятно, что появиться случайно юридический прецедент не может. Суд не вправе отвергнуть законодательную норму, если она имеется, и решить дело по-своему. Существуют довольно жесткие условия его создания. Они таковы:

- дело требует юридического решения, а необходимой нормы в законодательстве нет, либо законодательная норма сформулирована очень неопределенно. В этом случае суд или должностное лицо исполнительного органа власти принимает решение по делу, где и формулирует новое правило его разрешения;
- решение не должно ими приниматься на пустом месте или в соответствии с настроением судей (или должностных лиц). Прецедент должен иметь прочное основание. Его создатели обязаны при этом руководствоваться: а) принципами права; б) положениями юридической науки; в) своим мировоззрением; г) правосознанием; д) господствующими в обществе моральными ценностями; е) житейским опытом;
- необходима достаточная информированность о данном решении. Обычно таковая достигается, когда решение многократно обжалуется, доходит до суда высшей инстанции. Он же, принимая окончательное решение, формулирует новое правило, которое и публикуется в специальных журналах, сборниках. Данное решение становится эталоном для решения подобных дел и приобретает характер прецедента.

Несмотря на то, что прецедент - это исторически более раннее правовое явление, нежели нормативный акт, он сегодня не может быть отвергнут ни доктриной, ни практикой. Более того, официальное признание прецедента в качестве формы права, как представляется, послужило бы снижению нагрузки на

10. К числу таких журналов относятся «Вестник Конституционного Суда Российской Федерации», «Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации», «Вестник Арбитражного Суда Российской Федерации».

законодательство. Понятно, что об использовании прецедента речь может идти тогда, когда регулируемые вопросы, если и не второстепенны, то все же не отличаются большой общественной значимостью, а также в ситуациях, когда закон противоречив или страдает неполнотой. Лишь принципиальные вопросы общественной жизни должны регулироваться законом. Не надо доказывать, что громоздким законодательством пользоваться крайне затруднительно.

Таким образом, прецедент, хотя и является давней формой права, при наличии указанных обстоятельств его весьма умеренное использование, как представляется, вполне оправданно.

1. Деловые обыкновения. Деловые обыкновения как форма права появляются с развитием рыночных отношений, когда производство благ приобретает массовый характер.

Деловые обыкновения - это правила поведения, складывающиеся в практической деятельности людей, регулирующие повседневную их .жизнь, с которыми связаны правовые последствия.

Иначе деловое обыкновение можно определить как устоявшую ся практику, заведенный порядок дел в какой-либо сфере деятельности. Скажем, на всех авиапредприятиях начало смены связано с проведением разборов, где докладываются распоряжения и приказы руководителей, происшедшие чрезвычайные происшествия и ставятся задачи на предстоящую смену. Если работник сразу пройдет на свое рабочее место, минуя разбор, то он может получить дисциплинарное взыскание. Деловым обыкновением следует признать и правило, принятое в фирме, приветствовать позвонившего абонента, называть наименование фирмы, а также должность и фамилию работника, поднявшего трубку.

Деловые обыкновения могут быть закреплены письменно, например, в корпоративных актах. Так, например, в Правилах учебного распорядка многих высших учебных заведений фиксируется обязанность студентов приветствовать преподавателя стоя. Однако все же чаще деловые обыкновения передаются путем копирования фактических действий.

Многие авторы ставят знак равенства между правовыми обычаями и деловыми обыкновениями, другие же не проводят четкой разницы между ними, третьи полагают, что обыкновения

- сиюминутный вариант регули рования конкретной ситуации[11]. Однако эти две формы права серьезно отличаются друг от друга.

Во-первых, деловые обыкновения не затрагивают основ жизни, каких-либо общественных закономерностей. Регулируя практич ескую деятельность, совместное какое-либо дело, они предназначены для целесообразного ее выполнения, для того чтобы результат был достигнут минимальными усилиями. От того, как ведется совместная деятельность, во многом зависит ее эффект, но сама деятельность остается незыблемым фактом. Вот почему правило ее проведения может быть одно, а если со временем становится видна его неэффективность, то оно может быть изменено на другое, более подходящее. Обществу не будет нанесено явного вреда. Однако если будет нарушаться, например, такой правовой обычай, как неуклонное исполнение договорных обязательств, то может рухнуть вся экономика страны.

Во-вторых, деловые обыкновения никак напрямую не связаны с нормами морали, чего не скажешь про обычаи как форму права. Например, следует индифферентно с точки зрения морали оценить следующее деловое обыкновение: банк подтверждает осуществление платежной операции путем проставления печати со штампом и подписи операциониста на платежном поручении, которое и отдается на руки клиенту.

В-третьих, они в высшей степени рациональны, тогда как правовые обычаи всегда имеют некую эмоциональную составляющую.

В-четвертых, обычай имеет массовый характер и в силу этого не требует специального признания, тогда как деловое обыкновение - это правило, которым согласились руководствоваться стороны в процессе делового оборота. В нашем примере, если клиент не согласен с проставлением реквизитов банка на платежном поручении, то он может потребовать иной формы удостоверения факта оплаты им товара.

Можно привести пример и из истории. Как-то раз известному адвокату Плевако довелось защищать мелкого лавочника, торговавшего в рыбном ряду на берегу реки: он не закрыл свою лавку, как было условлено между торговцами, до захода солнца, продал всю свою рыбу, оставив на следующий день без прибыли сотоварищей. Нарушение делового обыкновения явилось основанием для иска.

11. См.: Аблезгова О.В. Обычаи международной торговли как основные источники lex mercatoria // Журнал российского права. 2008. № 4.

Появившись в начальный период развития рыночных отношений, деловые обыкновения постоянно набирали оборот. Сегодня экономика без них немыслима. В будущем их позиции не могут не укрепиться, поскольку объем и значение делового оборота будут все возрастать. Отсюда следует, что деловые обыкновения - это хорошее подспорье в регулировании общественной жизни. Они опосредованно сокращают нагрузку на законодательство.

1. Правосознание судей как основа разрешения юридических дел. Оно выступает как ведущая форма права на начальном этапе перехода общества от традиционной экономики к индустриальной, когда еще законодательство не сформировано, а регулирует лишь отдельные фрагменты общественной жизни. В этой ситуации правосознание судей подключается к используемым уже формам права, позволяя более динамично решать спорные ситуации. Как и когда зародилось профессиональное правосознание?

Произошло это очень давно. В Западной Европе уже в XIII в. в подвалах итальянского города Равенны были найдены рукописи источников римского права. Когда их перевели, то стало ясно, что в прежнем варианте их применять невозможно - изменились веяния времени. Тогда перешли к их анализу, с тем чтобы выявить идеи, которые были положены в основу разрешения казусов. Именно таким образом толкователи найденных рукописей закладывали основы профессионального правосознания. Именно это в дальнейшем позволило им из конструкций римского права выкристаллизовать самое главное - дух римского права, его общие положения, главное из которых - это принцип справедливости. Постулаты естественного права первоначально являлись творением профессоров западноевропейских университетов. Постепенно они усваивались и составили костяк правосознания судей того времени. Через много столетий они приобрели более развернутый вид. Многие из них нашли закрепление в письменных источниках - нормативных актах.

Если говорить о России, то здесь издавна судили по совести, т.е. на основе представления о том, что справедливо, а что таковым не считается. Однако постепенно стало создаваться законодательство. Российское общество лишь начинало переходить к буржуазным отношениям, когда случилась Октябрьская революция. Все наработанное в области

законодательства было полностью отброшено. Революционное правосознание теперь стало основой для разрешения юридических дел. Нового законодательства еще не было. В России Октябрьская революция 1917 г. в целом оказала негативное влияние на общественное развитие, и на правовое в том числе, повернув его вспять[12].

Используется ли сегодня профессиональное правосознание в качестве формы права? Да, но очень незначительно, и это справедливо. В основном речь идет о случаях применения правовых норм, не отличающихся определенностью, в частности, норм с оценочными понятиями, например, значительный ущерб. Правосознание судей нельзя сбрасывать со счетов: дозированное его использование по незначительным правовым вопросам способно хотя бы в малой части разгрузить законодательство.

1. Нормативный акт. Это наиболее позднее творение человеческого разума, освоившего абстрактный тип мышления. Он становится все более и более распространенным даже в тех странах, где традиционно большую роль играют другие менее продвинутые формы права. Правда, там не обошлось без участия колонизаторов, а затем и добровольного заимствования опыта других стран. Так, в арабских странах в сфере публичного права законодательство серьезно потеснило религиозные тексты, в странах Британского Содружества Наций - прецеденты. Понятно, что это произошло не случайно.

Нормативные акты - очень удобная форма права. Им присущи многие достоинства:

- позволяют оперативно реагировать на изменения потребностей жизни. Они могут быть относительно быстро изданы, в любом объеме изменены, а то и отменены;
- иерархически взаимоувязаны и объединены Конституцией РФ. Благодаря этой особенности с их помощью можно направить развитие всего общества в единое русло и установить порядок;
- позволяют точно фиксировать содержание правовых норм, являясь письменным источником права. Это обеспечивает

12. Кстати, следует заметить, что именно эти фрагменты истории правового развития стали основой для появления концепций правопонимания (естественно-правовой в Западной Европе и психологической в России)

праву надлежащую определенность, что является одним из условий последовательного проведения начал законности, преградой для местничества;

- если выражение юридических норм в обычае и прецеденте имеет казуистический характер, то в нормативном акте правовые нормы выражаются общим образом, что позволяет законодателю фиксировать свои требования сжато и экономно;
- с их помощью можно регулировать не только существующие общественные отношения, но и действовать наперед и др.

Переход к правовому регулированию посредством нормативных актов осуществлялся постепенно. Вначале они применялись для регламентации лишь тех сфер общественной жизни, которые непосредственно касались государственной власти, борьбы с преступностью. Частные имущественные и семейные отношения длительное время оставались под воздействием обычного права и прецедентного права. В дальнейшем действие нормативно-правовых актов все время расширялось. Они стали использоваться и в других областях общественной жизни, становясь преобладающей формой правового регулирования все в большем числе стран.

Стало всем ясно, что нормативные акты при разумном и умелом их составлении - могучее орудие преобразования общества. На сегодняшний день именно нормативные акты способны взять на себя основную нагрузку по нормативно-правовому урегулированию общественной жизни.

Однако этой формой права надо пользоваться умеренно и стремиться к минимальному количеству нормативных актов. В противном случае у подавляющего большинства населения возникают проблемы с получением информации о законодательстве: даже при должной информированности далеко не все способны увязать правовые нормы между собой, определить их иерархию т.п. Это порой у пользователей «отбивает руки», т.е. снижает желание действовать в соответствии с законодательством, поскольку, рассуждают они, все равно не получится быть чистым перед законом.

Именно такое положение существует в области налогового права, которое продолжает оставаться массивным, сложным и запутанным. Налогоплательщики (особенно это касается мелких предпринимательских организаций) жалуются, что для того,

чтобы разобраться с налоговым законодательством и правильно посчитать свои налоги, им приходится приглашать юристов, требующих немалую плату. Это часто обходится дороже, чем уплата штрафов за сокрытие налогов.

В правотворчестве надо исходить из принципа регулирования с помощью законодательства лишь тех вопросов, которые граждане и организации не могут урегулировать самостоятельно и которые затрагивают их общие интересы. Неоправданная правовая заурегулированность общественной жизни не только ведет к ограничению свободы личности, гасит энергию людей, но и вызывает инфляцию законодательства, способную вообще парализовать право как социальный регулятор. Это то, что касается «внешней правовой избыточности», т.е. количества нормативных актов по одному и тому же вопросу.

Однако есть еще проблема «внутренней правовой избыточности». Речь идет о повторении информации в самом нормативном акте, причем таком, которое не несет в себе дополнительной нагрузки и которую можно удалить либо преобразовать без изменения смысла этого нормативного акта. Такая избыточность загромождает нормативные акты и затрудняет восприятие их смысла. Ярким примером в этом отношении является Закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права граждан на референдум в РФ», где в погоне за полнотой урегулирования законодатель употребляет фразы, состоящие из нескольких десятков слов.

1. Юридическая доктрина. Мнения частных лиц еще издревле приобретали в правовой жизни нормативное значение. Да, по существу, некоторые первые нормативные акты в определенной мере по своему содержанию представляли сборники правовых изречений, мнений юристов (например, Свод Юстиниана), государственных деятелей (Правда Ярослава).

С развитием общества развивается и право. Оно становится настолько сложным явлением, что требует специальных познаний. Выделяется целый слой юристов, занимающихся исследованием права и предлагающих рекомендации обществу по совершенствованию законодательства (ученые-юристы).

Юридическая доктрина - это мнение отдельных юристов, отличающихся особой компетентностью, которому придается в определенных случаях обязательным характер

Оно фактически и используется в качестве источника права.

Какое же мнение ученых-юристов считается общепризнанным, если учесть, что в юридической науке, пожалуй, чаще встречается разнообразие мнений, а то и противоречивость между ними, чем единообразие? Есть даже такая поговорка: если вместе соберутся два юриста, то у них будет три мнения.

На сей счет высказано много предложений: 1) общепризнанное мнение (выявляется методом механического подсчета?); 2) мнение старейших ученых (только как это определить?); 3) мнение ученых-юристов, за которое ратуют не менее пяти ученых (так считалось в дореволюционные времена); 4) мнение самого авторитетного ученого (но здесь много субъективизма).

В советские времена использовался последний вариант. Например, в СССР на заседание Пленума Верховного Суда СССР приглашались такие крупные ученые, как В.П. Грибанов (из МГУ им. М В Ломоносова), В.А. Рясенцев (из ВЮЗИ), которые давали свое заключение - первый по рассматриваемому гражданскому делу, а второй - семейному спору. Исходя из их заключений, соответствующие дела и решались.

Это один из вариантов использования юридической доктрины.

Однако сегодня более распространен вариант, когда судья в неясных и не регулируемых законом случаях самостоятельно обращается к научным источникам и ищет в них ответ. Чаще всего он обращается к комментариям нормативных актов. Независимо от того, делает он на научные труды ссылку в судебных актах (что законом прямо не предусматривается, но и не запрещается) или нет, юридическая доктрина фактически используется в качестве формы права для рассмотрения дел.

Роль юридической доктрины сейчас повышается. Причины этого таковы.

Ускорение темпа общественной жизни. Юридическая же практика остановки не терпит. Осмыслить трудную правовую ситуацию одному человеку, а тем более профессионалу высшего класса, каковыми являются крупные ученые, легче, нежели дебатировать в связи с этим в парламенте, добиваясь принятия закона.

Усложнение общественной жизни. Без использования юридической доктрины дело теперь не обходится в современных парламентах, где практически все значимые законопроекты рассматриваются с привлечением ученых.

Демократизация общества и повышение профессионализма судей, а также статуса судебной власти. Суды все больше берут

на себя самостоятельности по спорным непринципиальным правовым вопросам, при этом опираясь на научные источники.

Повышение уровня информационного обслуживания законодателей и судей, которые могут с помощью современных технических средств учесть в процессе издания законов (или его применения) мнения всех ученых-юристов.

Хотя для доктрины на самом деле свойственна разноголосица, а то и противоречивость, коллективный ум законодателей позволяет оценить разные мнения ученых и выбрать лучшее из них, что нивелирует данный недостаток юридической доктрины.

Таким образом, в последнее время мы наблюдаем более широкое использование юридической доктрины. Причем это происходит не столько в явной форме, сколько в форме, не видимой взору со стороны: в виде осмысления научных источников различными субъектами права при решении ими сложных правовых вопросов.

Понятно, что данная форма права имеет вспомогательное значение при решении конкретных дел. Однако она выдвигается на первое место при создании законов, особенно таких крупных, как кодексы. Юридическая доктрина - очень хорошая основа для законодательства. В будущем ее роль будет неуклонно повышаться.

1. Акты судебной практики. Судебная практика- это разновидность юридической практики, под которой понимается деятельность по изданию правовых предписаний с учетом накопленного правового опыта[13].

Ход общественного развития идет по пути усиления мощи государства и, в частности, судебной власти. Это приводит к тому, что, помимо рассмотрения конкретных юридических казусов, судебная власть берет на себя дополнительно еще несколько задач, в процессе выполнения которых порой создаются нормативные положения. Какие же это задачи?

Обобщение судебной практики. Его проводят суды высших инстанций поквартально или по определенным категориям дел. Эта деятельность внешне выражается в составлении судами высших инстанций обзоров судебной практики. Хотя, строго говоря, эти акты и не имеют обязательного значения, они все же оказывают на нижестоящие суды ориентационное значение, а в

13. См.: Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 223

силу авторитетности судов высших инстанций приобретают (де-факто) обязательное значение.

Обзоры представляют собой далеко не простую подборку дел определенной категории, а такую, анализ которой сопровождается выделением «рационального зерна», т.е. формулированием обобщенных положений, которые предлагается иметь в виду нижестоящим судам при разрешении подобных дел.

Так, в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за III квартал 2005 г. (утвержденном постановлением Президиума Верховного Суда РФ 23 ноября 2005 г.) говорится, что под незаконным сбытом холодного оружия, на которое лицо не имело соответствующего разрешения, понимается безвозвратное отчуждение его в собственность иных лиц в результате совершения какой-либо сделки (продажи, дарения, обмена и т.п.). И далее идет анализ конкретных судебных дел, явившихся основой данного вывода-обобщения.

Как рассматривать подобные обобщенные положения? Думаю, что их следует рассматривать как своего рода нормативные положения, или нормы права, имеющие рекомендательное значение. Однако последнее обстоятельство все же не позволяет поставить знак равенства между ними и нормами права, за нарушение которых следует санкция. Вот почему в науке их принято называть правоположенями, или прототипами норм права. У них есть шанс стать настоящими нормами права, если они будут закреплены в одном из законодательных актов.

Толкование нормативных актов. Результаты толкования Конституции РФ излагаются в постановлениях Конституционного Суда РФ, а иных нормативных актов - в постановлениях Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ.

Так, например, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» дается разъяснение ст. 80 ТК РФ: увольнение работника по инициативе администрации допустимо только тогда, когда подача заявления об увольнении является добровольным волеизъявлением работника.

Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 23 июля 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания», отмечая, что отношения собственников помещений, расположенных в нежилом здании,

прямо законом не урегулированы и применяя к ним нормы законодательства, регулирующие сходные отношения, в частности ст. 249, 289, 290 ГК РФ, признает, что право общей долевой собственности на общее имущество принадлежит собственникам помещений в здании в силу закона вне зависимости от его регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Как следует рассматривать такие обобщенные положения? Думаю, что это не что иное, как детализированные нормы, причем нормы в истинном их значении, поскольку они снабжены санкцией. Какой же именно? Поскольку постановления пленумов высших судебных инстанций обязательны для нижестоящих судов, постольку и судебные акты, принятые вразрез с разъяснениями пленумов высших судов, могут быть отменены.

Оценка соответствия нормативного акта общепринятым нормам и принципам международного права. Конституции РФ, а также нормативным актам, имеющим более высокую силу. Эта деятельность судов получила в науке название «нормоконтроль». В тех случаях, когда нормативный акт противоречит актам с большей юридической силой, то он признается недействительным, и независимо от того, отменит ли орган, принявший его, формально этот нормативный акт де-факто не существует. Хочу напомнить, что правотворчеством является не только принятие нормативных актов, но и их изменение, а также отмена. Получается, что в данном случае суды реально выполняют правотворческую функцию.

Это проявляется первоначально в выработке правовой позиции относительно нормативного акта, попавшего в зону нормоконтроля, или, иначе, в разрешении вопроса о том, оставить ли акт в силе или признать несоответствующим вышестоящим по юридической силе нормативным актам, а затем и в оформлении данного решения в судебном акте[14].

Таковы дополнительные задачи, которые теперь реализуются в ходе судебной практики. Как видим, в процессе их выполнения суды реально создают нормы права, закрепляя их в своих судебных актах.

Таким образом, акты судебной практики уже сегодня в определенных случаях выступают в качестве формы права. Более того, в будущем неминуем рост их значимости, поскольку усложнение правовой жизни настоятельно потребует все большего привлечения профессионалов высокого класса, какими являются судьи высших инстанций. Особо значимыми в этом

плане являются акты толкования нормативных актов судами высших инстанций, в процессе которых создаются детализированные нормы. Представляется, что повышение удельного веса таких актов судебной практики позволит серьезно разгрузить законодателей, которым трудно порой разобраться в тонких вопросах права.

1. Моральные воззрения. Мораль, как известно, особо чтится в высокоразвитом обществе[15]. Это означает, что до использования моральных ценностей в качестве формы права наша страна должна дорасти.

Эта форма права в нашей юридической науке еще не имеет «постоянной прописки». Однако наметки все же есть. Речь идет о предложении ученых считать принципы права одной из форм права[16]. В зарубежном праве принципам права также придают очень большое значение[17]. Особую важность имеют неписаные принципы.

Вместе с тем следует признать, что в данном предложении заложено глубокое противоречие. В самом деле, авторы, определяя принципы как основополагающие идеи, как наиболее абстрактно выраженные правовые предписания, их же и считают формой. То есть получается, что мы черпаем знания о правовых предписаниях-принципах из них же самих. Нонсенс.

---

14. Понятие «правовая позиция» относительно новое в российской юридической науке, и поэтому интерпретируют его по-разному. Разброс мнений здесь очень велик (см.: Кряжкова О.Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации. Теоретические основы и практика реализации судами России. М., 2006. С. 39, С. 110; Карташов В.Н. Правовые позиции Верховного Суда РФ по поводу применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права // Судебное правоприменение: проблемы теории и практики. М., 2007. С. 234)Воспользуюсь все же специальным исследованием по данному вопросу, которое предприняла А.В. Гринева. По ее мнению, правовая позиция – это оценка какого-то фрагмента правовой реальности, выражающая отношение субъекта к правовым явлениям (см:. Гринева А.В. Понятие и виды судебных правовых позиций (вопросы теории): автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2008. С. 7). Теперь задумаемся, какого рода отношение может быть у суда относительно нормативных актов? Хороший он или плохой, соответствует ли объектив- ной реальности – все это очень субъективно. Но вот не противоречит ли он актам с большей юридической силой – это можно решить определенно. Что же касается толкования, то оно касается содержания нормативного акта, и отношение суда здесь второстепенное. Следовательно, в случаях, связанных с толкованием нормативных актов, слова «правовая позиция» употребляются не в соответствии с его этимологическим смыслом

15. См.: Фуллер Л. Мораль права. М., 2007; Мальцев Г.В. Нравственные основания права. М., 2008. С. 92

16. См.: Бошно С.В. Теория государства и права. М., 2007. С. 120; Ершов В.В. Основополагающие принципы российского права // Российское правосудие. 2008. № 11; Ершов В.В. Система форм права в Российской Федерации // Российское правосудие. 2009. № 1. С. 10; Радько Т.Н. Теория государства и права. М., 2009. С. 310; и др

17. См.: Бержель Жан Луи. Общая теория права. М., 2000. С. 178

Думается, устранить это противоречие можно, если вдуматься, в чем состоит коренное отличие предписаний-принципов от других правовых предписаний. Будучи идеями с высокой степенью обобщения, принципы права зачастую требуют своей «расшифровки». И это делать приходится на основе моральных воззрений, живущих в народе [18]. Особенно это касается неписаных принципов. Да и писаные принципы права в большинстве случаев требуют своей интерпретации, так же исходя из моральных воззрений. Представляется, что именно моральные воззрения и выступают их формой.

На связь права с моралью стали обращать внимание ученые, критикующие позитивизм[19]. Действительно, классический позитивизм, в основе которого лежит наличие исключительных законодательных полномочий у государственных органов, во многом перестал соответствовать новым социально-политическим условиям, возникшим в высокоразвитых странах, где народ все больше и больше выступает не только объектом правового воздействия, но и одновременно субъектом, влияющим на формирование содержания права. Моральные воззрения народа - один из главных каналов участия в этом процессе.

Моральные воззрения, думается, являются не только формой права для правовых принципов, но и для прав человека, т.е. тех, которые выражают наиболее существенные потребности людей и которые люди могут реализовывать непосредственно. Права человека также имеют очень высокую степень обобщения. Скажем, право на жизнь можно понимать по- разному: как физиологическое существование на земле, как реализацию человеком всех основных своих потребностей, а не только физиологических, и т.д. Критерием понимания права на жизнь будут моральные воззрения людей относительно стандартов жизни.

Мораль одного народа мало чем отличается от морали, живущей в умах другого народа (с поправкой на уровень его развития), и причиной тому является схожесть потребностей людей. Вот почему применительно к морали как к форме права можно говорить, что она есть вместилище правовых норм, общих

18. Как отмечал английский ученый Г. Харт, иногда трудно провести грань между правом и моралью. Рассуждая по этому поводу, он задавал себе вопрос: можно ли считать, что право состоит исключительно из правовых норм или в них есть еще что-то? (см.: Харт Г. Понятие права. М., 2007. С. 172). Если рассматривать право только как команды власти, то непонятно, почему люди их признают, как свои. Не потому ли, что они соответствуют их ценностям, в том числе и моральным?

19. Наиболее ярким его критиком выступал Р. Дворкин (см.: Дворкин Р. О правах всерьез. М., 2004. С. 391 и сл.).

для всего человечества, которое в будущем должно осознать себя как единое целое.

Моральные воззрения используются как форма права не только при выяснении содержания тех или иных принципов права и применении норм, касающихся прав человека. Неопределенности в праве, связанные с нравственностью, например, жестокое обращение с животными, также могут получить определенность с опорой на моральные воззрения. Можно предположить, что по мере развития общества эта форма права, если и не встанет вровень с законодательством, то все же сможет оказывать ему большую поддержку, нежели сейчас.

1. Договор как универсальная форма права. Договор использовался на всех этапах правового развития. Частноправовой договор (договор между отдельными субъектами права) появился на заре государственноправового развития для заключения имущественных сделок, установления брачных отношений. Но и сегодня - договор весьма распространенное явление в праве[20]. Более того, сфера его применения все более и более расширяется: будучи атрибутом частного права, он активно проникает и в сферу права публичного. И этот процесс пока только в самом начале. Появление публично-правовых договоров (многие авторы называют их «нормативными договорами»[21]) является показателем степени развития государственности .

Договор признается формой права по той причине, что при нарушении содержащихся в нем правил поведения, установленных сторонами на основе их взаимной воли, можно обратиться в суд, который, рассматривая дело, будет чтить любой договор, и частноправовой, и публичноправовой, так же, как и закон (при условии, что он не противоречит нормам законодательным, а также принципам права).

Сегодня договоры встречаются почти во всех отраслях права, что дает основание считать его универсальной правовой формой права.

В частном праве договору принадлежит господствующее положение в ряду форм права. Широкое использование договора в частном праве объясняется тем, что все отрасли данной

20. См.: Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М., 2010. С. 290
21. Радько Т.Н. Теория государства и права. М., 2009. С. 309.

подсистемы права в разное время отделились от права гражданского, в лоне которого и возникла конструкция «договор». Основу частного права составляют диспозитивные нормы, которые, как известно, действуют лишь в том случае, если стороны не договорились об ином. Кроме того, во многих ситуациях договорное право- творчество основывается на принципе «разрешено все, что не запрещено».

Причиной расширения договорного регулирования и проникновения его в сферу публичного права является расширение демократизации общества, осознание эффективности использования и в данной сфере средств согласования и координации взамен односторонне-властного начала. Применение в некоторых случаях классических инструментов частного права, каким является договор, позволяет более эффективно решать вопросы также в публично-правовой сфере, когда учитывается и воля управляемых. Однако, если рассматривать отношения по управлению по-прежнему лишь в стиле авторитарном, исключительно в качестве отношений власти и подчинения, строгой субординации субъектов, то для договора не остается места. Поэтому вся теория управления в настоящее время подлежит существенной корректировке. Пришло время рассматривать управление, в том числе и с помощью права, не только как воздействие, но и как взаимодействие.

Анализ форм права позволяет сделать следующие выводы:

1. В неразвитом обществе, основанном на традиционной экономике, формами права являются правовой обычай, религиозные тексты, судебный прецедент. Используется также договор в имущественных отношениях.
2. На переходном этапе к рыночной экономике добавляются такие формы права, как деловое обыкновение и правосознание. Принцип справедливости - вот основа правосознания.
3. Когда общество переходит к рыночной экономике и вступает в индустриальную эру, основной формой права становится нормативный акт. И это не случайно. Уровень развития общества уже таков, что позволяет каждому гражданину овладеть письменностью. Нормативный акт дает возможность точно фиксировать и, если есть необходимость, изменять правила поведения, тем самым обеспечивать динамику общественного развития.

4. В развитом обществе интеллект людей поднимается на новую высоту. В правовом регулировании начинают использоваться аналитические формы права. К таковым относятся юридическая доктрина, судебная практика, моральные воззрения, публично-правовой договор.

Материал поступил в редакцию 15.12.10.