

На правах рукописи

Данцева Татьяна Николаевна

ФОРМАЛЬНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА

Специальность 12.00.01 – теория и история государства и права,
история учений о праве и государстве

Автореферат
диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Красноярск-2007

Работа выполнена на кафедре истории государства и права
юридического факультета Института Естественных и гуманитарных наук
Сибирского федерального университета

Научный руководитель: доктор юридических наук, профессор
Дробышевский Сергей Александрович

Официальные оппоненты: доктор юридических наук, профессор
Сорокин Виталий Викторович

кандидат юридических наук, доцент
Шайхутдинов Евгений Маратович

Ведущая организация: **Сибирский юридический институт МВД
России**

Защита состоится 12 ноября 2007 года в 14-00 часов на заседании диссертационного совета КМ 212.099.01 при Сибирском федеральном университете по адресу: 660075, г. Красноярск, ул. Маерчака, 6, ауд. 314.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке юридического факультета Сибирского федерального университета.

Автореферат разослан «__» октября 2007 года.

Ученый секретарь
диссертационного совета

В.В.Питецкий

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИТИКА РАБОТЫ

Актуальность темы диссертационного исследования. В ходе развития юриспруденции создан специфический категориальный аппарат. Одно из первых мест в нем занимает категория «формальные источники права». Это обусловлено тем, что посредством указанного понятия выявляются формы бытия юридических норм, без изучения которых немыслима научная организация правового регулирования в государстве. Вот почему к исследованию формальных источников права проявляют большой интерес многочисленные юристы – как теоретики, так и практики.

В частности, его демонстрируют специалисты в области юриспруденции и современной России. Здесь в последние годы наблюдается активизация правотворчества в разнообразных формах, что порождает немало предложений об обновлении системы формальных источников отечественного права. Однако соответствующие программы преобразований нередко противоречат друг другу по ряду причин. Сюда можно отнести и различие между авторами сделанных предложений в понимании самого права, а также его формальных источников; и своеобразии предпринятых этими исследователями попыток объяснить, в каких формах юридические нормы воплощаются в государстве в результате правотворчества.

Чтобы верно оценить упомянутые расхождения во мнениях, существующие среди специалистов, требуется самостоятельный анализ этой проблематики. Необходимость его обусловила выбор темы диссертации.

Объектом исследования являются формальные источники права, которые понимаются как неотъемлемая часть правовой действительности. **Предмет исследования** составила характеристика формальных источников права и их видов, формирующейся в каждом государстве системы формальных источников права и факторов, ее обуславливающих, системы формальных источников российского права.

Цель и задачи исследования. Автор ставит перед собой цель познания формальных источников права. Она достигается посредством решения следующих основных задач:

1. Исследовать существующие подходы к пониманию права и определить тот из них, в рамках которого возможно вести речь о формальных источниках права.
2. Рассмотреть научные представления о соотношении последних со смежными явлениями, сформулировать собственную позицию по данному вопросу.
3. Проанализировать имеющиеся классификации формальных источников права, предложить свой вариант этого деления.
4. Дать характеристику юридической доктрины, нормативного договора, правового обычая и правового прецедента, нормативно-правового акта.
5. Исследовать все перечисленное в предыдущей задаче как возможные компоненты системы, где отдельный элемент функционирует в тесной взаимосвязи и взаимодействии с другими.

6. Выявить факторы, обуславливающие неодинаковую роль в разных государствах и даже в одном в отличающиеся друг от друга периоды конкретных формальных источников права. Речь идет об упомянутых уже нормативном договоре, юридической доктрине, правовом обычае, правовом прецеденте и нормативно-правовом акте.

7. Исходя из данных, полученных в результате решения ранее отмеченных задач, описать систему формальных источников права, которая существует в Российской Федерации.

Методологическую основу исследования составили способы и приемы познания, разработанные философией, равно как и другими науками, особенно общественными. Так, при написании диссертации применялись анализ, синтез, сравнение, аналогия, дедукция, индукция, абстрагирование как методы достижения нового знания. Кроме того, для решения сформулированных здесь задач широко использовались конкретно-исторический, структурно-функциональный и системный подходы к изучаемому материалу.

Как известно, перечисленные средства познания в рамках юриспруденции конкретизированы в свойственные ей пути постижения правовых проблем. И в диссертационной работе применяется вся совокупность таких специально-юридических способов исследования. Это прежде всего формальный анализ догмы права, а также сравнительно-правовой метод.

Теоретическую основу исследования составили нескольких групп научных трудов. Первую из них образуют указанные в списке литературы неюридические работы, материалы которых способствовали формулированию логики диссертации.

Вторую – относящиеся к юриспруденции сочинения отечественных авторов, написанных в СССР и современной России. Значительный вклад в изучение данного вопроса внесли работы Н.Г.Александрова, С.С.Алексеева, А.В.Аверина, В.К.Бабаева, М.В.Баглая, М.И.Байтина, С.В.Боботова, А.И.Бобылева, М.И.Брагинского, И.Ю.Богдановской, С.В.Бошно, А.В.Васильева, А.Б.Венгерова, Н.В.Витрука, В.И.Витрянского, Н.Н.Вопленко, П.В.Воронковой, Г.А.Гаджиева, С.А.Голунского, П.А.Гука, Т.В.Гуровой, А.И.Денисова, С.А.Дробышевского, Р.Т.Жеругова, О.А.Жидкова, В.М.Жуйкова, С.Л.Зивса, В.В.Иванова, О.С.Иоффе, Т.В.Кашаниной, Д.А.Керимова, С.Ф.Кечекьяна, А.И.Ковлера, В.М.Корельского, В.Н.Кудрявцева, О.Е.Кутафина, В.В.Лазарева, О.Э.Лейста, Р.З.Лившица, А.В.Малько, Г.Н.Манова, О.В.Мартышина, М.Н.Марченко, Т.С.Масловской, Н.И.Матузова, А.В.Мицкевича, И.Д.Мишиной, Л.А.Морозовой, В.А.Муравского, В.П.Мозолина, С.А.Мурашовой, П.Е.Недбайло, В.С.Нерсесянца, М.Н.Николаевой, В.Д.Перевалова, А.С.Пиголкина, А.А.Пионтковского, В.В.Питецкого, С.В.Полениной, Н.Н.Разумовича, А.П.Рожнова, Ю.В.Саблина, И.А.Синицыной, Н.В.Сильченко, В.В.Сорокина, Л.И.Спиридонова, М.С.Строговича, М.А.Супатаева, В.М.Сырых, Л.Р.Сюкияйнена, В.В.Тарасовой, Ю.А.Тихомирова, Б.Н.Топорнина, В.А.Туманова, П.Е.Фарбера, Р.О.Халфиной, В.Н.Хропанюка, В.М.Шафирова, А.Ф.Шебанова, Л.С.Явича, В.Н.Яценко и других.

Очень помогли в процессе исследования труды дореволюционных русских юристов. Это сочинения П.Г.Виноградова, М.Ф.Владимирского-Буданова, И.А.Ильина, Н.М.Коркунова, Л.И. Петражицкого, И.А.Покровского, Ф.В.Тарановского, Е.Н.Трубецкого, Б.Н.Чичерина, Г.Ф. Шершеневича и других.

Наконец, диссертант многократно обращался к содержащим юридическую проблематику произведениям зарубежных авторов, в том числе классиков юриспруденции. Здесь имеются в виду работы С.К.Аллена, Ж.Л.Бержеля, Г.Дж.Бермана, Т.Гоббса, Дж.Грэя, Р.Давида, Ж.Карбонье, Х.Кетца, Р.Книпера, Р.Кросса, К.Маркса, Ш.Монтескье, Р.Паунда, Э.Рабеля, Г.Радбруха, И.Сабо, Дж.Салмонда, Р.Уолкера, Л.Фуллера, Г.Харта, О.Холмса, К.Цвайгерта, О.Шарля, Ф.Энгельса, Е.Эрлиха и других ученых.

Эмпирическая база исследования. В диссертации использованы отечественные и зарубежные нормативно-правовые акты. Среди них видное место занимают Конституции Австрии, Германии, Италии, Российской Федерации, США, Франции, Швейцарии, подобного рода юридические документы (например, Акт о парламенте 1911г. Великобритании), иное законодательство. При написании работы также учитывалась судебная практика, в том числе постановления Конституционного Суда РФ, Пленумов Высшего Арбитражного суда РФ и Верховного Суда РФ.

Научная новизна. В диссертационном сочинении сформулирован ряд выводов, которые прежде отсутствовали в юридической науке. Их характеризуют **основные положения, выносимые на защиту:**

1. Формальными источниками права в независимом политическом обществе выступают лишь материалы, где есть нормы позитивного права. В число последних входят и естественно-правовые предписания, формулируемые концепциями естественного права, которые не относятся к так называемым «истинным» естественно-правовым доктринам¹. Материалы же, содержащие нормы «истинного» естественного права, формальными источниками права никогда не являются. Равным образом указанными источниками нельзя признать материалы еще двух родов, где юристами в рамках социологического подхода к праву оно зачастую обнаруживается. Прежде всего речь идет о формах выражения не установленных в качестве приказов суверена правил многообразных социальных организаций в независимом политическом обществе. Далее имеются в виду материалы, содержащие правосознание, правоотношения и другие юридические феномены, кроме правовых норм, в рамках «широкого» понимания права в отечественной юриспруденции.

2. Материалы, где присутствуют нормы позитивного права, то есть формальные его источники, существуют в любом независимом политическом обществе - как цивилизованном, так и нецивилизованном. Это объясняется тем, что само право в указанных сообществах функционирует с момента возникновения человечества. При таком понимании формальными источниками права

¹ See: Kelsen H. Essays in Legal and Moral Philosophy. Selected and Introduced by Ota Weinberger. D. Reidel Publishing Company. Dordrecht-Holland/ Boston – USA. 1973. P. 114-118.

являются официально принятые в конкретном независимом политическом обществе особые формы выражения и закрепления действующих правовых норм как приказов суверена, придающие этим правилам свойства общеобязательности и гарантированности.

3. Очерчен примерный круг возможностей, которыми суверен в независимом политическом обществе обладает для определения формальных источников права. Прежде всего он способен создавать специальные органы независимого политического общества как целостности, деятельность которых будет направлена именно на создание и принятие правовых норм. Кроме того, суверен может признавать наличие правовых норм в актах исполнительных и судебных органов независимого политического общества; в актах разнообразных иных организаций; в договорах, заключаемых субъектами права; в обычаях, а также в идеях конкретных лиц.

4. В цивилизованных независимых политических обществах реализуются все указанные возможности, которыми располагает суверен при создании формальных источников права. Здесь существует более широкая система последних, чем в нецивилизованных независимых политических обществах, если судить по исследованным в данной работе фактическим данным. Последние показывают, что в нецивилизованном независимом политическом обществе можно констатировать использование сувереном лишь трех возможностей из пяти ранее выделенных, а именно правовые нормы могут создаваться органами, специально учрежденными для этого сувереном, в частности, им самим, а также суверенная власть может констатировать наличие юридических правил в обычаях и договорах. Впрочем, нельзя исключить, что дальнейшее изучение всей совокупности материалов о нецивилизованных независимых политических обществах позволит обнаружить здесь и иные формальные источники права, особенно в сложных вождествах.

5. Предложена новая классификация формальных источников права в зависимости от способа выражения приказа суверена. Следует, во-первых, выделять формальные источники права, которые расцениваются как явные приказы суверена, ибо устанавливаются непосредственно им; и, во-вторых, формальные источники права, являющиеся молчаливыми приказами последнего. Они формулируются другими субъектами, но приобретают силу и обязательность с добровольного молчаливого согласия суверена.

6. Нормативно-правовой акт выступает явным приказом суверена, который повсюду прежде всего представляет собой текст, содержащий информацию о поведении людей. При наличии письменности он фиксируется в документе, то есть в условиях современности в большинстве случаев на бумаге или в компьютерной программе. В нецивилизованном независимом политическом обществе речь идет об устном тексте. Иными словами, нормативно-правовой акт как формальный источник права есть письменный или устный текст как способ закрепления правовых норм, принятый правотворческим органом в пределах своей компетенции в установленном порядке.

7. Правовой обычай никогда не являлся и не в состоянии быть исторически первым формальным источником права. Ведь он конституируется посредством

ссылки на уже существующий обычай в двух других формальных источниках права. Речь идет о нормативно-правовом акте и судебном прецеденте.

8. Правовой прецедент может быть только судебным, а не административным. Это связано с тем, что суверен независимого политического общества неодинаково регулирует деятельность создаваемых им органов. Скажем, отчетливо проявляется его стремление тщательно регламентировать порядок выполнения своих функций учреждениями судебной власти, в то же время исполнительным органам представляется большая свобода усмотрения. В ее рамках они, если считают недостаточными для решения своих задач имеющиеся юридические правила, издают нормативно-правовые акты по проблемам, над которыми работают. При этом используются правотворческие полномочия, предоставленные таким структурам явными приказами суверена. Поэтому в иных способах действий в указанной ситуации, в частности, в формулировании прецедентов, являющихся молчаливыми приказами суверена, исполнительные учреждения не нуждаются. Судебной же власти суверен не предоставляет правотворческих полномочий по формулированию своих явных приказов. Вот почему, когда судебные учреждения считают недостаточными для решения своих задач действующие юридические нормы, они вынуждены прибегать в одних странах к аналогии права или закона, а также к расширительному либо к ограничительному толкованию существующих юридических предписаний, а в других странах – к формулированию и использованию прецедентов.

9. Отличие нормативного договора от иных формальных источников права сводится к следующему. В нормативном договоре суверен доверяет создать ранее неизвестное юридическое правило двум или более отдельным индивидуальным или коллективным субъектам права в той мере, в какой они достигнут здесь согласия. В остальных же формальных источниках права такое доверие оказывается лишь одному из отмеченных ассоциаций или индивидуумов. Таким образом, нормативный договор представляет собой соглашение об установлении новых правовых норм, состоявшееся вследствие достижения с этой целью единого мнения нескольких субъектов, обладающих правотворческими полномочиями.

10. Факторы, обуславливающие систему формальных источников права, есть те обстоятельства, которые ее порождают непосредственно или опосредованно. При этом во всех случаях система формальных источников права непосредственно устанавливается сувереном соответствующего независимого политического общества. Он принимает решение о том, какие возможности использовать для определения формальных источников права, на основе целого ряда факторов. Вот почему усмотрение суверена можно выделить как непосредственный фактор существования конкретной системы формальных источников права. Что же касается обстоятельств, на основе которых он принимает такое решение, то их целесообразно назвать опосредствованными факторами, обуславливающими систему формальных источников права.

11. На усмотрение суверена, решающего проблему о наборе формальных источников права в независимом политическом обществе, оказывает влияние громадное количество обстоятельств. Отмеченные факторы выбираются суве-

реном в зависимости от того, что он собой представляет и в каких условиях вынужден действовать. Отсюда ясно, что сочетание обстоятельств, влияющих на усмотрение суверена при принятии им решения о системе формальных источников права, в каждом независимом политическом обществе в любое время является уникальным.

12. В настоящее время в российском праве существует система формальных источников права, включающая в себя правовой обычай, нормативный договор и нормативно-правовой акт. Основания для признания в качестве формальных источников российского права судебного прецедента и юридической доктрины отсутствуют.

Теоретическая и практическая значимость диссертационного исследования определяется его актуальностью и новизной. Сформулированные в работе положения развивают раздел общей теории права и государства, посвященный вопросам формальных источников права, обогащают научные представления о данной категории. Материалы диссертации могут служить методологической и теоретической предпосылкой для отраслевых исследований в юридической науке, направленных на совершенствование системы формальных источников российского права.

Кроме того, выводы диссертации способны быть полезными и при решении иных задач. Речь идет о разработке рекомендаций по совершенствованию нормативно-правовых актов, нормативных договоров и других источников права, а также их системы, о преподавании курса теории права и государства на юридических факультетах учебных заведений, о научно-исследовательской работе при дальнейшем изучении формальных источников права.

Апробация и внедрение результатов исследования. Положения диссертации докладывались на методологическом семинаре «Источники права в зеркале современной юриспруденции» (15 февраля 2005 года); на всероссийской научной конференции, посвященной 50-летию со дня основания Юридического института (факультета) Красноярского государственного университета (6 октября 2005 года), на региональной научно-практической конференции «Источники права в зеркале современной юриспруденции» (13 декабря 2005 года), на 10-ой межвузовской научно-практической конференции студентов и аспирантов «Закон и общество: история, проблемы, перспективы» (26 апреля 2006 года). Результаты диссертационного исследования опубликованы и в изданных автором научных работах. Наконец, материалы диссертации использовались при проведении семинарских занятий со студентами Сибирского федерального университета.

Структура работы обусловлена целью и задачами исследования. Диссертация состоит из введения, трех глав, объединяющих 10 параграфов, заключения, библиографического списка.

СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность предпринятого диссертационного исследования, определяются объект, предмет, цели, задачи и научная но-

визна работы. Также здесь формулируются методологическая, научная и эмпирическая базы исследования, его теоретическая и практическая значимость. Далее во введении характеризуется апробация работы.

Глава первая «Понятие и классификация формальных источников права» начинается с параграфа **«Категория «формальный источник права» в понятийном аппарате юриспруденции»**. В нем диссертант сначала отмечает, что вопрос о понятии формального источника права продолжает оставаться одним из наиболее дискуссионных в науке. Причем главная причина расхождений между специалистами в трактовке природы источника права таится в различном правопонимании. Вот почему в последующем изложении рассматриваются существующие в юриспруденции концепции права.

С точки зрения диссертанта, роль права в независимом политическом обществе² заключается в служении в качестве предписания должного поведения для его членов. Именно из этой функции права исходит его позитивистское понимание. Оно заключается в том, что право выступает приказом суверена подданным в независимом политическом обществе. Причем подобные приказы формулируются как юридические нормы. Их принято называть правилами позитивного права.

Как полагает диссертант, понятие формального источника права имеет ценность для правового регулирования именно при такой трактовке права. И он показывает, как остальные концепции права не обеспечивают указанной ценности для такого упорядочивания.

В ходе формулирования этого вывода в диссертации подробно рассмотрены существующие позитивистские, социологические и естественно-правовые теории права. При этом автор проанализировал учения основных выразителей каждой из этих доктрин.

Что касается социологической юриспруденции, то в диссертации рассмотрены два типа ее концепций. Речь идет о правовом плюрализме и о так называемом широком понимании права в отечественном правоведении.

Как отмечает диссертант, для правовых плюралистов (Е.Эрлих, Л.Поспишил, Л.И.Петражицкий и другие) в объем понятия права входят не только правила, являющиеся приказами суверена, но и другие социальные нормы в независимом политическом обществе. Такой подход представляется неверным, поскольку право - лишь такие нормы, которые будучи приказами суверена, обеспечивают поддержание существования независимого политического общества как целостности. Когда же за указанными установлениями и другими социальными нормами признается равная сила, отмеченный социальный организм (например, государство) не в состоянии поддерживать свое существо-

² При этом под ним Дж.Остин понимал человеческую общность, часть членов которой – подданные – находятся в привычном повиновении остальной ее части – так называемому суверену. Последний – это индивид или коллектив, привычно никому не подчиняющийся. Зависимые же политические общества, находясь в пределах независимого, не включают суверена и подданных. Последнее непременно состоит из суверена и подданных и отличается выделенным свойством от «зависимых политических обществ». Они, по Дж. Остину, неизменно входят в состав «независимого политического общества», ибо, не включая в себя комбинации суверена и подданных, не в состоянии существовать самостоятельно.

вание. К тому же определением права должен передаваться установленный сувереном образец поведения людей, который они обязаны воплощать на практике. Такой идеал не присутствует в нормах, не исходящих от суверена.

Сказанное объясняет, почему концепция правового плюрализма несовместима с нормальным функционированием независимого политического общества. Поэтому она не принята в качестве основы для данного исследования.

Автор обнаруживает, что сторонники широкого понимания права в отечественной юриспруденции (Кечекьян С.Ф., Явич Л.С. и другие) понимают право как единство существующих исключительно на бумаге правовых норм и либо правосознания, либо правоотношений, либо субъективных прав. Но, как известно, П.М.Рабиновичем было показано, что юридические нормы существуют отнюдь не на бумаге, а представляют собой явления общественного, а потому и индивидуального сознания, лишь материально фиксирующиеся, в частности, в нормативно-правовых актах. Эта теоретическая позиция представляется верной. А она, как было доказано в юридической литературе, исключает обсуждаемое в данном случае широкое понимание права.

Следуя учению Г.Кельзена, диссертант делит все естественно-правовые доктрины на истинные и неистинные. Общей чертой этих теорий является объявление естественного права продуктом божественной воли. Ибо именно Бог, согласно таким учениям, выступает создателем природы. При этом неистинные концепции естественного права объявляют последним одинаковые по содержанию во всех независимых политических обществах позитивные юридические правила.

Сторонники же истинных теорий естественного права рассматривают его как состоящие из противоречащих позитивному праву идеальных правил, которые должны воплощаться в позитивные юридические предписания. Однако они никогда этого не делают пока сохраняют свою природу как истинные естественно-правовые нормы.

Диссертант исключает последние из используемого в работе понятия права. Ведь нормы истинного естественного права не выступают в качестве правил, формулируемых и проводимых в жизнь в ходе правового регулирования в независимом политическом обществе. Более того, являющиеся приказами суверена правила, на основе которых базируется дальнейшее исследование о формальных источниках права, содержат в себе ценности, противоречащие истинным естественно-правовым предписаниям.

После определения понятия права для решения задач своей работы, диссертант анализирует существующие в юриспруденции точки зрения о его формальных источниках. Как он отмечает, в науке наиболее распространено их понимание как формы установления и выражения (существования) действующих правовых норм или специфической (особой) формы изъявления воли и придания ей значения общеобязательной нормы (Аллен С.К., Марченко М.Н., Вопленко Н.Н., Мицкевич А.В., Денисов А.И., Бобылев А.И. и другие). Такое понимание формального источника права позволяет говорить о том, что это определенным образом формализованный акт, откуда, собственно, и черпаются сведения о правиле поведения. Далее в юридической литературе есть позиция, со-

гласно которой формальный источник права – это вид деятельности государства, заключающийся в установлении юридических норм (Александров Н.Г., Гурова Т.В.). Наконец, А.Ф.Шебанов понимает под источниками права две вещи. Первая - правотворческая деятельность, вторая - результат этой деятельности.

С точки зрения диссертанта, определение формального источника права как правотворческой деятельности едва ли верно. В самом деле, если понимать под формальным источником права вид деятельности государства, заключающийся в установлении юридических норм, то категория «формальный источник права» не в состоянии выполнять традиционно возлагаемые на нее в юриспруденции функции. Речь идет об отграничении права от всего остального, установлении соотношения разных групп правовых норм по их юридической силе, доведения до сведения всех граждан, организаций, учреждений, должностных лиц выраженную в правовых нормах волю суверена.

Автор разделяет существующую в юридической науке позицию, что право как совокупность приказов суверена, то есть предписанных им норм, существует не только в государстве, но и в догосударственных независимых политических обществах. Отсюда, по его мнению, и формальные источники так трактуемого права присутствуют во всех отмеченных социальных организмах.

Причем диссертант дает определение формальных источников права, исходя из указанного понимания. Согласно его точке зрения, они представляют собой официально принятые в данном независимом политическом обществе особые формы выражения и закрепления действующих правовых норм как приказов суверена, придающие этим правилам свойства общеобязательности и гарантированности.

Второй параграф «Классификация формальных источников права» посвящен обоснованию и изложению их деления автором. При этом диссертант исходит из наличия у суверена независимого политического общества круга возможностей, которыми он располагает для их определения.

Во-первых, суверен может создавать специальные органы, деятельность которых направлена именно на формулирование правовых норм, в частности, сам выступать в роли такого органа. Во-вторых, он в состоянии признавать наличие юридических правил в постановлениях как иных органов всего независимого политического общества, так и руководящих структур разнообразных зависимых политических обществ. В-третьих, суверен способен признать присутствие юридических норм в договорах, заключаемых субъектами права. В-четвертых, суверен может констатировать существование правовых норм в обычаях. В-пятых, суверен в силах признать наличие правовых норм в идеях конкретных лиц.

Как полагает диссертант, реализация отмеченных возможностей суверенной властью в независимом политическом обществе приводит к созданию здесь формальных источников права. В частности, из первой возможности вытекают нормативно-правовые акты, создаваемые законодательными и исполнительными органами суверенной власти, из второй – судебный прецедент, а также нормативно-правовые акты иных организаций. Из третьей возможности логически следуют нормативные договоры. Осуществление четвертой приводит к созда-

нию правовых обычаев. Претворение же в жизнь пятой возможности означает конституирование юридической доктрины.

Далее автор рассматривает вопрос о наличии указанных способов создания формальных источников права в нецивилизованном независимом политическом обществе. В юридической литературе выделяют несколько исторических типов такого общества: локальные группы кочующих охотников-собирателей, однообщинное сообщество примитивных земледельцев и скотоводов, вождество. Здесь сувереном является лидер (вождь) или совет старших мужчин, или оба эти органа вместе.

Он делает вывод, что собранные этнографами фактические данные демонстрируют две вещи. Во-первых, при создании здесь формальных источников права суверенам не чуждо использование описанных ранее возможностей. Во-вторых, последние реализуются на практике.

Согласно собранным диссертантом данным этнографических исследований, проводившихся И.А.Хобелем, Р.Д.Стивенсоном, Р.М.Брендтом, К.Х.Брендтом и другими, позволяют говорить о том, что в нецивилизованных независимых политических обществах суверены образуют специальные органы, деятельность которых направлена именно на формулирование правовых норм. Часто сами суверены выступали в роли таких органов. Результат деятельности этих структур - создание устных нормативно-правовых актов как формальных источников юридических норм.

В нецивилизованных независимых политических обществах суверены предписывали и применение в конкретных случаях до этого существовавших обычаев под угрозой санкций за отступление от таких приказаний. Таким образом, суверены констатировали наличие правовых норм в обычаях. Не лишены были суверены нецивилизованных независимых политических обществ и возможности признавать наличие правовых норм в договорах.

Диссертант отмечает, что все ранее перечисленные возможности, которыми суверен обладает для определения формальных источников права, в полной мере реализуются в цивилизованных независимых политических обществах, где существует письменность. Здесь имеет место специализация государственного аппарата на законодательную, исполнительную и судебную власти. В подобных условиях, в частности, развиваются такие источники права как писанные нормативно-правовые акты, судебные прецеденты. Появляется и получает развитие класс юристов, деятельность которых направлена на толкование действующих правовых норм. Предложенные же ими интерпретации этих правил иногда признаются сувереном формальным источником права – юридической доктриной.

Автор констатирует, что большинство исследователей формальных источников права (Алексеев С.С., Венгеров А.Б., Давид Р., Цвайгерт К., Кетц Х. и другие) признают все отмеченные их виды (нормативно-правовой акт, судебный прецедент, правовой обычай, юридическая доктрина и нормативный договор). Однако некоторые специалисты к приведенным формальным источникам права добавляют ряд других. В частности, ведется речь о международных договорах и общепризнанных принципах и нормах международного права; об юри-

дической науке; о принципах права; о религиозных текстах; о естественном праве; о правосознании и о разуме.

Диссертант не согласен с таким расширением системы формальных источников права по следующей причине. Все только что упомянутые вещи выступают нормами права только тогда, когда приказываются сувереном. Эти приказания обязательно материализуются в виде пяти ранее отмеченных формальных источников права. В остальных же случаях принципы и нормы международного права, юридическая наука, принципы права, религиозные тексты, естественное право, правосознание и разум нормами права не являются.

Автор предлагает классифицировать выделенные формальные источники права на два вида. Как известно, Дж.Остин указывал, что право формируется из приказов суверена. При этом команды могут быть как выраженными (явными), так и подразумеваемыми (вследствие молчаливого согласия суверена). Поскольку право немислимо без формальных его источников, так же как и без норм, то, конкретизируя приведенное положение указанного автора, можно классифицировать источники права на две группы.

Первую из них, считает диссертант, составляют формальные источники права, которые являются явными приказами суверена, то есть прямо установленными им. Так обстоят дела, когда суверен наделяет каких-либо субъектов права правотворческими полномочиями. Отсюда в качестве явных приказов суверена в условиях цивилизации выступают, например, нормативно-правовые акты конкретных подразделений государственного аппарата, а в нецивилизованных социальных организмах - постановления единоличного лидера независимого политического общества, а также совета старших мужчин. Кроме того, к числу явных приказов суверена относятся нормативные договоры. Сюда же следует причислить правовой обычай и юридическую доктрину, санкционированные посредством ссылки на них в нормативно-правовом акте.

В состав же второй группы входят формальные источники права, которые являются молчаливыми приказами суверена. Они создаются теми структурами, которые суверен не объявляет правотворческими. Акты этих субъектов суверен явно не признает правотворческими. Но подчиненные суверенной власти структуры принудительно проводят эти постановления в жизнь. Отсюда вытекает, что рассматриваемые развивающие право акты органов, не признанных сувереном правотворческими, по существу являются приказами суверена, правда, не явными, а молчаливыми. В частности, к таким командам относятся судебный прецедент, не признанный формальным источником права в явном приказе суверена, а также правовой обычай и юридическая доктрина, которые конституируются посредством судебного решения. Притом опять же в явном приказе суверена не отмечено, что такими способами юридическая доктрина и правовой обычай устанавливаются как формальные источники юридических норм.

В первом параграфе «Правовой обычай» второй главы «Виды формальных источников права» дан обзор наиболее значимых свойств данного формального источника права, механизма и сферы его действия. Автор отмечает, что правовой обычай является видом обычая как родового понятия, а пото-

му ему присущи черты последнего. При этом он обладает и определенной спецификой. Вместе с тем в юридической литературе есть случаи, когда правовой обычай именуют просто обычаем³. Так как рассматриваемые два понятия являются разными по содержанию, то терминологическое их отождествление недопустимо.

Диссертант обращает внимание, что обычай может существовать в рамках любой организации независимого политического общества. Для складывания обычая прежде всего необходим промежуток времени, в течение которого большинство членов сообщества в сходных ситуациях демонстрирует единообразное поведение. Вместе с тем для признания обычая правовым, а следовательно, формальным источником права, необходимо его санкционирование сувереном. Оно может производиться двумя способами. Один из них - явный приказ суверена, то есть посредством издания нормативно-правового акта, содержащего отсылочную норму, которая упоминает об обычае. Второй - молчаливый приказ суверена, который присутствует при ссылке на обычай в судебном решении.

Однако в юридической литературе можно встретить мнение (Добров А.С., Трубецкой Е.Н., Виноградов П.Г., Ломакина И.Б. и др.), что правовой обычай не нуждается в санкционировании со стороны суверена независимого политического общества. Только что приведенная теоретическая позиция, с точки зрения автора, едва ли верна. Ее выразители по сути ведут речь об обычаях в независимом политическом обществе, которые не являются правовыми.

Исходя из проведенного анализа диссертант дает следующее определение изучаемого формального источника права. Правовой обычай есть правило, сложившееся в результате его неоднократного применения и санкционированное сувереном независимого политического общества.

Что касается возникновения рассматриваемого формального источника права, то по этой проблеме в научной литературе высказаны разные мнения. Скажем, некоторые авторы (Мальцев Г.В., Трубецкой Е.Н.⁴) трактуют правовой обычай как древнейший источник юридических норм, существующий до наших дней, объясняя такое положение отсутствием в первобытном обществе способов сознательного формулирования людьми правовых норм, в условиях, когда само право уже функционировало.

Рассматриваемая теоретическая позиция, по мнению автора, является ошибочной. Правовой обычай как формальный источник права конституируется санкционированием его в нормативно-правовом акте или в судебном решении, а последние представляют собой как раз способы сознательного формулирования юридических норм. Вот почему, если в правовой системе отсутствуют нормативно-правовые акты или судебные решения, то нельзя вести речь о правовом обычае как формальном источнике права.

³ См., например: Тартинская И. Обычай и обычное право // Право и экономика. 2007. № 1. С. 101-102.

⁴ Мальцев Г.В. Пять лекций о происхождении и ранних формах права и государства. М. Издательство РАГС. 2000. С. 41, 56-58; Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб. Издательство Юридического института. 1998. С. 82.

Притом автором разделяется существующая в юридической литературе точка зрения о происхождении юридического обычая, согласно которой правовой обычай даже в нецивилизованном независимом политическом обществе занимал определенную нишу в системе формальных источников права. Данные современной этнографии, позволяют говорить о том, что наравне с ним существовало и устное законодательство, а также нормативные договоры.

Во **втором параграфе «Нормативно-правовые акты»** рассматривается данный вид формальных источников права, который присутствует во всех независимых политических обществах прошлого и настоящего. Диссертант отмечает, что в юридической литературе нормативно-правовой акт обыкновенно понимается как документ, принятый субъектом правотворчества и содержащий нормы права. При этом выделяются следующие признаки так понимаемого данного формального источника права: издание его уполномоченными на то субъектами; принятие нормативно-правового акта при соблюдении предусмотренной процедуры; закрепление в нем целей и задач, на решение которых он направлен; нормативность; письменная форма.

Как считает автор, при оценке приведенных суждений о признаках нормативно-правового акта нужно исходить из того, что целью их выделения выступает выявление специфики изучаемого предмета. Поэтому представляется неприемлемым указание в качестве одного из рассматриваемых признаков нормативности, поскольку любой формальный источник права есть способ выражения и закрепления правовых норм. Иными словами, нормативность выступает общей чертой всех таких источников.

К тому же нормативно-правовой акт существует отнюдь не только как документ. Этот формальный источник права прежде всего представляет собой текст, содержащий информацию о поведении людей. При наличии письменности он фиксируется в документе. В нецивилизованном независимом политическом обществе речь идет об устном тексте. Об этом свидетельствуют этнографические данные.

Нормативно-правовой акт как текст, отмечено в работе, принимается именно органами, официально признанными сувереном независимого политического общества правотворческими, а не просто уполномоченными на то субъектами. Это обстоятельство позволяет отграничить нормативно-правовой акт от судебного прецедента, создателем которого выступает суд. В качестве специфической черты нормативно-правового акта надлежит выделить особую процедуру принятия обсуждаемого источника права конкретным правотворческим органом. При этом последний действует в пределах своих полномочий. И, наконец, в нормативно-правовом акте зачастую имеет место отражение целей и задач, на решение которых он направлен. Этого, как правило, нельзя наблюдать в иных формальных источниках права.

Принимая во внимание изложенное, диссертант дает следующее определение нормативно-правового акта. Это есть письменный или устный текст как способ закрепления правовых норм, принятый правотворческим органом в пределах своей компетенции в установленном порядке.

С точки зрения автора, нормативно-правовой акт среди других формальных источников права выделяется тем, что он представляет собой единственное имеющееся в распоряжении суверена средство перевести на язык права основу любой сложной и дифференцированной политической программы, предназначенной для совершенствования всей системы общественных отношений в независимом политическом обществе. Ведь остальные источники права служат для начертания только отдельных деталей на картине права, созданной посредством нормативно-правовых актов. Но когда такой осто́в права посредством нормативно-правовых актов сформулирован неверно, беды от этого, естественно, многократно превышают неприятности, случающиеся при ошибочном нанесении деталей на картине права при использовании остальных его формальных источников.

В юридической литературе, констатирует диссертант, вся масса нормативно-правовых актов в современном государстве классифицируется в зависимости от юридической силы. Так, деление по отмеченному критерию позволяет отграничить законы от подзаконных нормативно-правовых актов.

Закон представляет собой вид анализируемого формального источника права, имеющий высшую юридическую силу. Среди других нормативно-правовых актов закон выделяется и другими признаками. К их числу специалисты относят, во-первых, принятие представительными органами государства или непосредственно самим народом в порядке референдума; во-вторых, специальную процедуру законодательной деятельности; в-третьих, направленность закона на регулирование наиболее важных, то есть социально значимых, общественных отношений.

Первые три отличительные черты закона от других нормативно-правовых актов не вызывают сомнения. Что же касается четвертой, то здесь вспоминается сделанное Ш.Монтескье замечание об эпитете «важный». Как он писал, «понятие важного совершенно относительное; и то, что важно для одного, неважно для другого». Несомненно, что в любом государстве именно суверен определяет круг общественных отношений, подлежащий урегулированию с помощью нормативно-правовых актов высшей юридической силы. И он поступал бы глупо, если бы не учитывал следующую рекомендацию Платона. Законодатель ничем не должен пренебрегать, он врач, которому «поручен весь организм в целом». Если он «станет заботиться только о значительном, незначительными же частностями пренебрежет», то организм разрушится. Иными словами, пренебреженные неважные вещи подчас становятся в высшей степени важными. Такова закономерность функционирования всех независимых политических обществ. Отсюда следует, что в силу упомянутого превращения неважного в важное юридическое закрепление сфер общественной жизни, подлежащих законодательному регулированию, как это предлагает ряд исследователей, является неоправданным.

Приведенная аргументация дает возможность обсуждаемую четвертую специфическую черту закона как нормативно-правового акта сформулировать следующим образом. Он отличается направленностью на регулирование наибо-

лее важных, то есть социально значимых, общественных отношений, с точки зрения суверена.

Законы во всех государствах неизменно дополняются так называемыми подзаконными нормативно-правовыми актами. Последние обладают следующими основными чертами. Во-первых, они направлены на конкретизацию воли суверена, выраженной в законах. Во-вторых, эти акты издаются в точно установленной юридической форме, строго определенными органами. В-третьих, подзаконные нормативно-правовые акты подлежат официальному опубликованию. И, наконец, в-четвертых, реализация таких документов гарантируется руководящими структурами всего независимого политического общества.

В Российской Федерации выделяют четыре уровня этих документов. Речь идет о подзаконных нормативно-правовых актах, во-первых, федеральных, во-вторых, субъектов федерации, в-третьих, органов местного самоуправления. В-четвертых, здесь имеются в виду локальные нормативно-правовые акты общественных объединений, предприятий, организаций.

В третьем параграфе «Правовой прецедент» под последним диссертант понимает постановление государственного органа по конкретному случаю, которое является обязательным при разрешении аналогичных ситуаций в последующем этой же структурой либо учреждениями, равными или нижестоящими по отношению к ней. В юридической литературе высказано мнение о наличии как судебного, так и административного прецедентов. Однако выделение второго его вида из двух названных представляется неоправданным ввиду следующего. Как отмечал Г.Кельзен, суверен независимого политического общества неодинаково регулирует деятельность создаваемых им органов. Скажем, отчетливо проявляется его стремление тщательно регламентировать порядок выполнения своих функций учреждениями судебной власти. В то же время исполнительным органам представляется большая свобода усмотрения⁵. В ее рамках они, если считают недостаточными для решения своих задач имеющиеся юридические правила, издают нормативно-правовые акты по проблемам, над которыми работают. При этом используются правотворческие полномочия, предоставленные таким структурам явными приказами суверена. Поэтому в иных способах действий в указанной ситуации, в частности, в формулировании прецедентов, являющихся молчаливыми приказами суверена, исполнительные учреждения не нуждаются.

Судебной же власти суверен не предоставляет правотворческих полномочий по формулированию своих явных приказов. Вот почему, когда судебные учреждения считают недостаточными для решения своих задач действующие юридические нормы, они вынуждены прибегать в одних странах к аналогии права или закона, а также к расширительному либо к ограничительному толкованию существующих юридических предписаний, а в других странах – к формулированию и использованию прецедентов.

Автор отмечает, что следует преодолеть упрощенное понимание судебного прецедента, когда его существо сводится лишь к тому, что какое-либо решение

⁵ Kelsen H. The Pure Theory of Law. Berkeley. Los Angeles: University of California Press/ 1970. P. 282.

суда выступает обязательным образцом при рассмотрении аналогичных дел и потому приобретает качество юридической нормы. На самом деле обязательным образцом является не само по себе состоявшееся судебное решение, а заложенное в нем *ratio decidendi*, понимаемое как принцип, идея, мотивы решения, его юридическая суть. Другой составной частью анализируемого решения суда является *obiter dicta* («попутно сказанное»), представляющее собой мнение судьи, не ставшее основанием резолютивной части этого постановления.

Сам судья, принявший решение, не определяет, что в постановлении есть *ratio decidendi*, а что - *obiter dicta*. Это делает другой судья, устанавливая, является ли данное решение прецедентом для дела, которое он рассматривает. В процессе развития общего права сами принципы решения конкретных дел, выступающие *ratio decidendi*, не остаются неизменными, а постепенно совершенствуются судьями, работающими над их отысканием и раскрытием. Иными словами, специфика характерной для общего права судебной техники изучения материалов и выявления в них *ratio decidendi* и *obiter dicta* проявляется как логика «обоснования от прецедента к прецеденту».

Обязанность судов придерживаться норм, уже содержащихся в их решениях, то есть уважать прецеденты, вполне логична для права, созданного судебной практикой. Данный принцип не имеет закрепления в нормативно-правовых актах, однако без его существования функционирование прецедентов немислимо. Вместе с тем, отмечает диссертант, если ни один суд не считает себя абсолютно связанным своими предыдущими решениями, то предыдущие постановления вышестоящего трибунала обязательны для нижестоящего.

Отсюда в работе делается заключение о гибкости прецедентного права применительно к социальным потребностям там и тогда, где и когда его нормы формулируются. Но такое качество не означает игнорирования им разумного юридического опыта предыдущих поколений. Кроме того, в рамках анализируемой системы юридических норм у судей имеется возможность при формулировании постановлений по конкретным делам использовать высокие духовные и нравственные критерии, требования «здравого смысла» и в силу этого непосредственно, порой спонтанно, отвечать на требования развивающегося общества.

Правда, отмечает автор, прецедентное право имеет и недостатки. Один из них - огромный объем нормативного материала. Вдобавок, в прецедентном праве существует возможность фактически по каждому вопросу найти разные решения.

В четвертом параграфе «Нормативный договор» диссертант выявляет специфику данного вида формального источника права в следующем. По мнению автора, в нормативном договоре суверен доверяет создать ранее неизвестное юридическое правило двум или более отдельным индивидуальным или коллективным субъектам права в той мере, в какой они достигнут здесь согласия. В остальных же формальных источниках права такое доверие оказывается лишь одному из отмеченных ассоциаций или индивидуумов.

Для определения нормативного договора в диссертации дается анализ его специфических признаков. Первый из них – это формулирование в норматив-

ном договоре новых правовых норм. Каждая из них, как известно, рассчитана не на отдельное разовое отношение, не на каких-либо конкретных лиц, а на множество отношений определенного вида и индивидуально неперсонифицированных лиц, подпадающих под ее действие. Вторым признаком обсуждаемого формального источника права вытекает из первого. Когда речь идет о нормативном договоре, нормы права формулируются вследствие так называемого согласительного правотворчества.

Выделение в юридической литературе иных специфических признаков нормативного договора, например, наличия в нем, помимо норм права, и принципов права, а также его преимущественно публичного характера, вряд ли оправданно. Так, принципы права - лишь вид юридических норм. Следовательно, формулирование в нормативном договоре новых правовых норм уже подразумевает возможность закрепления в обсуждаемом источнике права и рассматриваемых принципов. Что же касается отнесения к признакам нормативного договора его преимущественно публичного характера, то с этой теоретической позицией нельзя согласиться, поскольку признак как специфическая черта нормативного договора должен распространяться на все его виды. Однако о «преимущественно публичном характере» этого сказать нельзя.

На основании изложенного диссертант дает определение обсуждаемого формального источника права. Нормативный договор – это соглашение об установлении новых правовых норм, состоявшееся вследствие достижения с этой целью единого мнения нескольких субъектов, обладающих правотворческими полномочиями.

Брачный и трудовой договоры, отмечено в диссертации, не подпадают под приведенное определение. Поэтому автор оспаривает существующую теоретическую позицию, согласно которой эти соглашения относятся к нормативным договорам.

В пятом параграфе «Правовая доктрина» отмечается, что в силу явного или молчаливого приказа суверена может стать формальным источником права текст, содержанием которого является мнение определенного лица или их группы по проблемам правового регулирования общественных отношений. В таком случае в рассматриваемом тексте формулируются новые юридические правила. Сам же он в качестве формального источника права называется в юридической литературе правовой доктриной.

При этом, обращает внимание диссертант, она в анализируемом смысле существует лишь при ее санкционировании. Таковое может иметь место прежде всего при содержащейся в нормативно-правовых актах ссылке к тексту, где изложено мнение определенного лица или их группы по правовым вопросам. Как известно, приведенный способ санкционирования использовался при правовом регулировании, осуществлявшемся в Древнем Риме. Например, в принятом в 426 году Законе о цитировании предписывалось считать источниками права труды пяти римских юристов (Папиниана, Павла, Гая, Ульпиана и Модестина). В настоящее время юридическая доктрина, санкционируемая в нормативно-правовых актах, играет роль формального источника права в ряде стран, где распространено мусульманское вероисповедание.

Кроме того, юридическая доктрина как формальный источник права может санкционироваться и по-другому. Судья способен сослаться на текст, где содержится мнение определенного лица или их группы по правовым вопросам, при обосновании своего постановления по конкретному делу. Этот род санкционирования подчас существует там, где судам предоставлены правотворческие полномочия путем молчаливого приказа суверена. Такое положение наблюдается в англо-американском общем праве.

Приведенная аргументация позволяет автору утверждать, что юридическая доктрина как формальный источник права – достояние прошлого и современности. Другое дело, что юридические нормы, первоначально закрепляемые в конкретной правовой доктрине, затем весьма часто формулируются в нормативно-правовом акте. В данной ситуации указанная юридическая доктрина, разумеется, перестает быть формальным источником права.

Как известно, при правовом регулировании огромную роль играют научные теории юристов по конкретным правовым вопросам. Каждое такое учение также подчас именуется в юриспруденции правовой или юридической доктриной. Однако в таком понимании, с точки зрения диссертанта, юридическая доктрина не является формальным источником права. Она лишь выступает в роли фактора, влияющего на создание правовых норм.

В первом параграфе «Проблема существования системы формальных источников права» главы третья «Система источников права и факторы, ее обуславливающие» автор отмечает, что перед правоведами всегда стояла задача найти способы обеспечения определенности права, позволяющие его субъектам с достаточной полнотой знать о своих правах и обязанностях, меру своей свободы. Одним из путей решения данной проблемы стало установление формальных источников права.

Как известно, из существующих формальных источников права свойством немалой определенности обладает нормативно-правовой акт. В то же время, например, судебный прецедент, правовой обычай, юридическая доктрина имеют гораздо меньшую определенность. На этом основании немало теоретиков права и субъектов правотворчества формулировали взгляды, согласно которым, скажем, судебный прецедент должен быть исключен из системы источников права. В частности, такой вывод сделал И.Бентам при анализе функционирования общего права в Англии.

В этой связи встает вопрос, не достаточно ли в независимом политическом обществе использовать лишь один формальный источник права, гарантирующий немалую определенность юридических норм, например, нормативно-правовой акт? Однако практика правового регулирования свидетельствует: в каждом реально функционирующем независимом политическом обществе имеется несколько формальных источников права. Следовательно, ответ на поставленный вопрос уже дан. И он отрицательный. Иными словами, суверен каждого независимого политического общества никогда не проводит в жизнь всего одну из ранее отмеченных возможностей, реализуя которые он способен создавать различные формальные источники права.

Разумеется, отмечает диссертант, конкретные причины, почему так происходит, понятны лишь вполне определенным суверенам. Но, принимая решение о конституировании в независимом политическом обществе нескольких формальных источников права, суверенная власть во всех случаях должна была решать еще одну проблему - об их соотношении по юридической силе. Ведь без ее решения правовое регулирование оказывается дезорганизованным и не достигает целей, перед ним поставленных.

Из предыдущего изложения ясно, почему обычно в независимом политическом обществе суверен устанавливает такую систему формальных источников права, где наибольшую юридическую силу имеет нормативно-правовой акт. При этом подчас среди формальных источников права присутствуют такие виды, которые являются молчаливыми приказами суверена.

Система формальных источников права, отмечается в работе, естественно, обладает всеми качествами, присущими любой системе, к ним, в частности, относятся организованность, целостность, сложность, инерционность. Первое качество системы формальных источников права означает ее упорядоченность. Ведь каждый из них имеет свои свойства, роль, место в системе и функциональное назначение. Целостность предполагает сплоченность формальных источников права в обособленное единство. Сложность рассматриваемой системы проявляется в дифференциации формальных источников права друг от друга. И, наконец, ее инерционность обеспечивает достаточную устойчивость при внешних воздействиях.

Во втором параграфе «Факторы, обуславливающие систему формальных источников права» речь идет о тех обстоятельствах, которые ее порождают. Как отмечает диссертант, это они могут делать непосредственно или опосредованно.

Во всех случаях система формальных источников права устанавливается непосредственно сувереном конкретного независимого политического общества. Именно он решает, кому доверить формулирование правовых норм. Как ранее указано, для решения этой проблемы у суверена есть ряд возможностей. И он выбирает и комбинирует их на основе целого ряда факторов.

На основе приведенных аргументов автор делает вывод. Из всех факторов, обуславливающих систему формальных источников права, один, а именно усмотрение суверена, по своему положению резко отличается от остальных. Такое усмотрение непосредственно обуславливает систему формальных источников права, в то время как другие факторы это делают опосредованно. К числу последних, в частности, относятся следующие обстоятельства.

1. Опыт (положительный и отрицательный) суверена, решающего вопрос о системе формальных источников права, а также других суверенов. Эта практика может относиться к разным временным периодам. В самом деле, по мнению автора, едва ли суверены Великобритании и США на протяжении столетий использовали бы судебный прецедент как формальный источник права, если бы реализация прецедентных правовых норм не приносила положительных результатов.

2. Юридическая наука. Суверен способен воспринять конкретные учения о соотношении формальных источников права как полезные или вредные для управляемого им независимого политического общества и потому стремиться проводить такие доктрины в жизнь или воздерживаться от этого.

3. Политический или государственно-правовой режим, то есть совокупность средств и методов осуществления государственной власти. Такой режим может быть демократическим или диктаторским.

При правотворчестве суверен способен использовать стратегию так называемых наименьших политических издержек. Суть ее сводится к следующему. Суверенная власть обеспечивает решение каждой требующей правотворчества проблемы посредством создания соответствующих юридических норм теми субъектами, которые лучше всего знают пути ее решения. Так вот, когда суверен независимого политического общества имеет мощных политических противников, у него меньше возможностей использовать указанную стратегию, чем у его коллег, работающих в условиях отсутствия такой оппозиции. В самом деле, при создании юридических норм по конкретному вопросу субъектами, находящимися под влиянием политических противников суверена, очень вероятен следующий результат. Эти правила будут противоречить политической линии суверенной власти. Поэтому для суверена является приемлемым решением пренебречь ранее сформулированной стратегией и поручить создание юридических норм субъектам, знающим обсуждаемую проблему хуже, но разделяющим его политическую линию.

Описанное явление означает, что в независимом политическом обществе часть населения отстраняется от участия в правотворчестве. Но существующая здесь организация такого рода есть политическая диктатура, согласно широко принятому определению этого понятия. Ей противостоит другая организация независимого политического общества, а именно демократическая. В последней суверен, принимая решение о системе формальных источников права, не исключает из правотворчества значительные социальные группы в силу проведения в жизнь отмеченной стратегии.

Отсюда вытекает, что в условиях диктатуры суверен способен значительно ограничивать или даже вовсе исключать использование таких формальных источников права как нормативный договор, правовой обычай, судебный прецедент и юридическая доктрина, если конституирующие их субъекты входят в число противников суверенной власти или находятся под их влиянием. Впрочем, по той же причине суверен может не считать правом и акты, вырабатываемые низшими звеньями государственного аппарата. Естественно, такая ситуация не наблюдается в условиях демократии. Ведь здесь нет указанной причины для ограничения круга формальных источников права.

4. Существующая в независимом политическом обществе система юридических норм. Последняя, как известно, делится на отрасли, каждая из которых характеризуется собственной совокупностью формальных источников права. Причем подчас при отступлении от такого набора здесь невозможно эффективное правовое регулирование. Так, лишь в форме закона действительны уголовно-правовые нормы.

В работе отмечено, что на усмотрение суверена, решающего проблему формирования системы формальных источников права, может влиять громадное количество разнообразных факторов. Они выбираются сувереном в зависимости от того, что он собой представляет и в каких условиях вынужден действовать.

Отсюда автор делает следующий вывод. Сочетание обстоятельств, влияющих на усмотрение суверена при принятии им решения о системе формальных источников права, в каждом независимом политическом обществе в любое время является уникальным.

В третьем параграфе «Система формальных источников права в Российской Федерации» специфика их развития определяется принадлежностью российского права к романо-германской семье правовых систем, для которой характерен приоритет такого источника права как нормативно-правовой акт. Но указанный приоритет обусловлен и тем, что исторически в руках русских князей сосредоточивалась громадная политическая власть, в том числе судебная. Правовое регулирование общественных отношений большей частью происходило путем спуска правовых норм сверху посредством княжеского правотворчества. Данная тенденция была продолжена в дальнейшем: и в период сословно-представительной монархии, и в период абсолютной монархии. Указанная традиция предполагает приоритет такого источника права как нормативно-правовой акт. Она не претерпела изменений вплоть до становления современного российского государства.

В Конституции РФ провозглашено, что Российская Федерация является демократическим федеративным правовым государством с республиканской формой правления. Таким образом, в современной России провозглашен демократический способ руководства государством, который, как указывалось, предполагает непосредственное, широкое и активное участие индивидов и их организаций в формулировании правовых норм. Этому способствует реализация принципов разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную, верховенства закона.

В диссертации обосновывается, что российский суверен признает несколько формальных источников права. Здесь доказывается, что в их систему входят нормативный договор, правовой обычай и нормативно-правовой акт. Все они являются явными приказами суверена.

Изложенная теоретическая позиция о системе формальных источников права Российской Федерации не разделяется очень значительным числом специалистов. В частности, они выделяют в качестве отдельных видов анализируемой системы юридическую доктрину и судебный прецедент. Более того, некоторые из отечественных правоведов считают возможным объявить в современной России формальным источником права и судебные решения, принимаемые по делам о признании неконституционными отдельных положений нормативно-правовых актов, а также по делам об оспаривании нормативно-правовых актов, затрагивающих права, свободы и законные интересы граждан и организаций.

По мнению диссертанта, с последней из трех отмеченных теоретических позиций его оппонентов не представляется возможным согласиться ввиду следующего. В ходе предыдущего изложения было определено, что следует понимать под формальными источниками права. Как уже упоминалось, в Российской Федерации в силу определенных обстоятельств имеют место лишь явные приказы суверена. Вследствие этого суды к правотворческим органам не относятся, а потому и принимаемые ими акты не являются формальными источниками права.

Кроме того, когда нижестоящий правотворческий орган издает акт, противоречащий правовой норме, принятой вышестоящим правотворческим органом, то действие нижестоящей упомянутой структуры не изменяет указанного юридического правила. И суд, выносящий решение о противоречии акта нижестоящего органа рассматриваемой норме, лишь констатирует коллизию, не занимаясь правотворчеством.

Как полагает автор, не является формальным источником российского права и правовая доктрина. Ведь, как указывалось в предшествующем изложении, юридическая доктрина как формальный источник права существует лишь при ее санкционировании. Однако таковое в Российской Федерации не осуществляется.

Что же касается судебных прецедентов, то доводы сторонников признания их в качестве формальных источников права Российской Федерации, так как они являются ориентиром, подлежащим обязательному учету в целях вынесения законных и обоснованных приговоров, решений, определений и постановлений, не разделяются автором ввиду очевидной причины. В Российской Федерации молчаливые приказы суверена им не признаются. Другое дело, что, по мнению диссертанта, в современной России наблюдается усиление роли судов в толковании законодательства.

В заключении представлены выводы проведенного исследования. Здесь же сформулированы предложения по дальнейшей работе над рассматриваемой темой.

По теме диссертации опубликованы следующие работы:

1. Данцева Т.Н. Соотношение закона и судейского усмотрения / Т.Н.Данцева // Вестник Красноярского государственного университета (серия Гуманитарные науки). – 2005. - № 6. – С. 173 – 176.

2. Данцева Т.Н. Правовой обычай как источник права / Т.Н.Данцева // Актуальные проблемы юридической науки: тезисы докладов Всероссийской научно-практической конференции. – Красноярск: Красноярский государственный университет Юридический институт, 2005. – С. 108 – 116.

3. Данцева Т.Н. Правовая доктрина как источник права / Т.Н.Данцева // Закон и общество: история, проблемы, перспективы: материалы 10-й межвузовской научно-практической конференции студентов и аспирантов. – Красноярск: Красноярский государственный аграрный университет, 2007. – С. 13 - 16.