

**УЧРЕЖДЕНИЕ ОБРАЗОВАНИЯ
«ГОМЕЛЬСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ ФРАНЦИСКА СКОРИНЫ»**

Кафедра теории и истории государства и права

ЭЛЕКТРОННЫЙ УЧЕБНЫЙ МЕТОДИЧЕСКИЙ КОМПЛЕКС

**СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ, ИСТОРИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ
ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ**

2015

СОДЕРЖАНИЕ

1. ПОЯСНИТЕЛЬНАЯ ЗАПИСКА	3
2. СОДЕРЖАНИЕ УЧЕБНОГО МАТЕРИАЛА	4
3. КРАТКИЙ КУРС ЛЕКЦИЙ	7
4. ПЛАНЫ – ЗАДАНИЯ К ПРАКТИЧЕСКИМ ЗАНЯТИЯМ	58
5. ФОРМЫ КОНТРОЛЯ ЗНАНИЙ	67
6. РЕКОМЕНДУЕМЫЕ ТЕМЫ РЕФЕРАТИВНЫХ РАБОТ	68
7. ПРИМЕРНЫЙ ПЕРЕЧЕНЬ ВОПРОСОВ К ЗАЧЕТУ	69
8. РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА	70

СОДЕРЖАНИЕ УЧЕБНОГО МАТЕРИАЛА

Тема 1 Современные представления о праве

Основные типы правопонимания. Позитивистский и непозитивистский типы правопонимания. Отождествления права и закона. Легизм. Юснатурализм. Основы либертарного правопонимания. Право как всеобщая форма равенства, свободы и справедливости. Правопонимание и конвенционализм

Легистское понятие права. Классический легистский позитивизм. Легистский неопозитивизм. Социологическое понятие права. Юридическое понятие права. Право в системе социальных регуляторов. Право как всеобщая форма и мера свободы. Этическое понятие права.

Тема 2 Понятие и сущность сравнительного правоведения

Развитие идей сравнительного правоведения. Основные этапы формирования и развития сравнительного правоведения. Сферы применения сравнительного правоведения.

Природа сравнительного правоведения. Структура и понятия сравнительного правоведения. Теоретические и практические задачи сравнительного правоведения. Цели сравнительного правоведения. Объекты сравнительного правоведения.

Общие правила сравнительно - правового анализа. Методика сравнительного анализа законодательства. Ошибки в проведении сравнительно-правового анализа.

Тема 3 Проблемы соотношения внутригосударственного и международного права

Концепции взаимодействия внутригосударственного и международного права. Дуалистическая концепция соотношения международного и национального права. Монистическая концепция соотношения международного и национального права.

Примат национального права в рамках монистической концепции соотношения международного и национального права. Примат международного права в рамках монистической концепции соотношения международного и национального права.

Формы взаимодействия внутригосударственного и международного права. Внутригосударственный механизм реализации норм международного права. Международные договоры и национальное законодательство.

Тема 4 Механизм сближения национальных правовых систем

Предотвращение и разрешение юридических коллизий. Понятие и сущность юридической коллизии. Понятия коллизионного правоотношения: разногласие, коллизионная ситуация, конфликтная ситуация, нарушение законности, процедура и др.

Коллизионные нормы. Типы коллизионных привязок: "личный закон", закону "национальности", "закона местонахождения вещи", "закона, избранного лицами, совершающими сделку", "закона места совершения акта".

Направления сближения национальных законодательств. Согласованное правовое развитие государств. Законодательные методы сближения национальных законодательств

Модельные законодательные акты: понятие, характеристика. Унификация правовых норм, разновидности правовой унификации.

Тема 5 Проблемы понимания источников права

Понятие и основные черты источника и формы прав. Классификация источников права. Социальные и легальные источники права. Юридические источники права: источники права, установленные государством и санкционированные государством.

Источники права Республики Беларусь. Проблемы источников современного белорусского права. Понятие и признаки закона Республики Беларусь. Акты высших органов судебной власти Республики Беларусь: юридическая природа и проблемы соотношения.

Юридическая практика, как источник права: понятие, структура, виды, функции. Систематизация источников права.

Тема 6 Актуальные проблемы права

Понятие и признаки права. Функции и принципы права. Соотношение права и социальных норм.

Понятие, признаки, виды, структура нормы права. Понятие, признаки, виды нормативного правового акта. Юридическая сила нормативного правового акта. Структура нормативного акта. Понятие, характеристика, классификация законов, виды подзаконных нормативных правовых актов. Действие нормативных правовых актов во времени, в пространстве и по кругу лиц.

Понятие, структура, характеристика системы права. Частное и публичное право, материальное и процессуальное право. Соотношение системы права и системы законодательства. Понятие и признаки правовой системы

Правотворчество: понятие, принципы, виды. Нормотворческая и законодательная инициатива: характеристика, субъекты. Правотворческий процесс: понятие, стадии.

Понятие, характеристика, классификация правоотношений. Структура правоотношения. Юридические факты.

Тема 7 Актуальные проблемы государства

Понятие, признаки, концепции государственной власти. Понятие и признаки государства. Типология государств.

Форма государства и ее элементы. Понятие и характеристика формы государственного устройства. Форма правления. Монархия как форма правления. Республика как форма правления. Понятие и вида политических режимов.

Понятие, классификация, формы осуществления функций государства.

Понятие, признаки, принципы организации и деятельности механизма государства. Понятие, признаки, классификация органов государства.

Тема 8 Актуальные вопросы соотношения государства и общества

Понятие и структура политической системы общества. Государство, как субъект политической системы общества. Понятие и основные признаки правового государства. Гражданское общество и правовое государство. Соотношение государства и права.

Законность: понятие, принципы. Правопорядок: понятие, характеристика. Гарантии законности и правопорядка. Понятие, признаки юридической ответственности. Принципы юридической ответственности. Виды юридической ответственности, их характеристика.

Правовой статус личности: понятие, структура, виды. Классификация прав и обязанностей личности. Гарантии прав личности. Понятие, сущность, структура правосознания. Виды и уровни правосознания. Правовая культура и правовое воспитание.

Государство, право, демократия. Понятие, признаки и виды демократии. Факторы, обуславливающие реальный характер демократии. Формы демократии. Референдум как одна из форм демократии.

КРАТКИЙ КУРС ЛЕКЦИЙ

ЛЕКЦИЯ 1 СОВРЕМЕННЫЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЯ О ПРАВЕ

1. Типологии правопонимания
2. Легистский подход к правопониманию
3. Юснатурализм
4. Юридический либертаризм

1. Типология правопонимания

Для юриспруденции как науки о праве и государстве исходное и определяющее значение имеет лежащий в ее основе тот или иной тип понимания (и понятия) права. Именно тип правопонимания определяет парадигму, принцип и образец (смысловую модель) юридического познания, собственно научно-правовое содержание, предмет и метод соответствующей концепции юриспруденции. Это обусловлено научно-познавательным статусом и значением понятия в рамках любой (в том числе и юридической) последовательной, систематически обоснованной, развитой и организованной теории. Если таким образом, *понятие права — это сжатая юридическая теория, то юридическая теория — это развернутое понятие права*. Ведь только юридическая наука в целом (как совокупное понятийно-теоретическое знание о праве) и есть систематическое и полное раскрытие понятия права в виде определенной теории.

Термин право, употребляется в смысле правила поведения, установленного или принятого в общественной жизни. В праве - правиле поведения выделяются следующие разновидности:

Общее право. Этим понятием в литературе обозначают правила поведения наиболее общего характера, которые выступают как система обобщенных установлений человеческого общества. Оно показывает достижения человеческой цивилизации в регулировании общественных отношений, включая отношения между различными государствами, выступает мерой оценки национальных традиций и обычаев, а также юридических законов. Во второй половине XX в. основные положения общего права формулировались как права человека и объективировались в различных документах международного права. Общее право имеет свою систему (общая система права), которая включает в себя положения естественного, канонического, позитивного права. На основе представлений об общем праве сложилась наука об общей теории права .

Естественное право - понятие общественно-политической мысли, которое означает, что живая жизнь на земле регулируется совокупностью принципов и норм, вытекающих из природы человека. Римские правоведы понимали его не только как принадлежность человеческого рода, но и всего живого, которое рождалось на земле, на небе и в море. С эпохи Просвещения оно рассматривается как предписание здравого смысла. В наше время многие нормы естественного права (право на жизнь, на имя и т.д.) вошли в совокупность норм, образующих права человека.

Каноническое (церковное) право - совокупность норм, определяющих церковные и некоторые другие общественные отношения (семейно-брачные, имущественные) и сосредоточенные в церковном законодательстве. В настоящее время канонами (нормой, правилами) принято называть те церковные законы, которые находятся в Каноническом кодексе Православной церкви и Римско-Католической церкви. Каноническое право по происхождению - церковное право. Однако его содержание значительно шире. Оно включает в свой состав нормы как естественного, так и божественного права, а также и некоторые другие нормы, исходящие от светского права, государства. В теократических государствах (например, Ватикан) каноническому праву придается юридическое значение.

Мусульманское право - совокупность норм, содержащихся в Шариате (свод божественных установлений, направляющих в надлежащий путь) и обязательных для верующих исламской религии. В широком смысле мусульманское право содержит нормы, определяющие основы веры и отправления религиозных обязанностей. В теократических же мусульманских государствах Шариату полностью или частично придается юридическое значение, и он поддерживается государственным принуждением. Так же, как и о мусульманском праве, можно говорить об индуистском праве, которое, представляя собой религиозное начало в установлении правил общения, до сих пор используется как право общины в Индии, Пакистане, Бирме, Сингапуре и других странах, где живут люди, исповедующие индуизм.

Международное право - это совокупность правил поведения, разработанных и принятых государствами или международными организациями. Нормы международного права охраняются специальными международными юрисдикционными органами, они обладают приоритетом перед национально-государственными нормами и в демократических государствах входят в национальную правовую систему.

Корпоративное право - совокупность правил поведения, складывающихся внутри организаций, объединяемых на основе профессиональных, национальных, политических и иных интересов. Эти правила поведения объективируются в уставах, решениях и других документах, принимаемых коллективами данных организаций.

Теневое право. Этим понятием принято обобщать правила, используемые в том или ином обществе для фактического регулирования общественных отношений вопреки установленным государством порядкам. Государство борется с теневым правом, но последнее находит в законодательстве массу пробелов и лазеек для выживания. Теневое право особенно сильно развивается там, где государство излишне вмешивается в экономическую жизнь, ограничивает ее.

В отличие от отмеченных (вполне возможно, что не всех) разновидностей использования понятия право юридическое право обычно представляет собой творение конкретного государства. Отсюда термин право употребляется и как право-юридическое, или юридическое право. Однако и история юриспруденции знает различные названия того, что нынче мы называем юридическим правом. К их числу можно отнести:

рациональное право - правила поведения, исходящие из человеческого разума, а не навязанные кем бы то ни было, включая и само государство;

нормальное право - желаемое право, которое должно служить образцом для положительного права, играющего второстепенную роль;

позитивное право - правила поведения, установленные властью и навязанные всем, живущим и творящим в государствоорганизованном обществе.

История и теория правовой мысли и юриспруденции пронизаны борьбой двух противоположных типов правопонимания. Эти два типа понимания права и трактовки понятия права условно можно обозначить как *юридический* (от *ius* — право) и *легистский* (от *lex* — закон) *типы правопонимания и понятия права*. В рамках самого юридического типа правопонимания можно выделить два разных подхода: *естественно правовой подход и либертарно-юридический подход*.

2 Легистский подход к правопониманию

Согласно *легистскому подходу*, под правом имеется в виду продукт государства (его власти, воли, усмотрения, произвола), право — приказ (принудительное установление, правило, норма, акт) официальной (государственной) власти, и только это есть право. Здесь право сводится к принудительно-властным установлениям, к формальным источникам так называемого позитивного права (законам, указам, постановлениям, обычному праву, судебному прецеденту и т. д.), т. е. к закону (в

собирательном смысле) — к тому, что официально наделено в данное время и в данном месте законной (властно-принудительной) силой.

Такое легистское отождествление права и закона (позитивного права) является принципом и смыслом так называемого "юридического позитивизма" (и неопозитивизма), который, по существу, является не юридическим, а именно легистским позитивизмом. Легистское (позитивистское) правопонимание присуще разного рода этактистским, авторитарным, деспотическим, диктаторским, тоталитарным подходам к праву.

С легистских позиций, сводящих с самого начала право к закону и отождествляющих их, по сути дела невозможно сказать что-либо содержательное о законе (позитивном праве), поскольку с этой точки зрения в принципе безразлично (да и невозможно выявить), формой выражения какого именно содержания (правового или произвольно-противоправного) является закон. Тут существование закона (публично-властная его данность) в роли права предшествует той правовой сущности (и того правового содержания), выражением чего этот закон как носитель права должен быть.

Для легизма и "*юридического позитивизма*" весьма характерны пренебрежение правами человека и гражданина, апология власти и гипертрофия ее нормотворческих возможностей. В этом смысле *легизм представляет собой нормативное выражение авторитарного правопонимания*. Устремления легизма — подчинение всех властно-приказным правилам и установлениям. Здесь повсюду господствует взгляд на человека как на подчиненный объект власти, а не свободное существо.

У истоков такого подхода к праву в Новое время стоит Гоббс с его концепцией всемогущего государства и трактовкой права как приказа власти. "Правовая сила закона, — подчеркивал он, — состоит только в том, что он является приказанием суверена". Под "законом" здесь имеется в виду все действующее (позитивное) право.

В конкретно-историческом плане становление и развитие "юридического позитивизма" было связано с победой и укреплением буржуазного строя, с возвышением роли государства и увеличением в этих условиях удельного веса и значения государственных нормативных актов в системе источников права и т. д. В идейном отношении "юридический позитивизм" отразил изменившееся юридическое мировоззрение победившего класса буржуазии, уже добившегося официального признания в законе ("позитивации") своих правовых притязаний, идеологию защиты официального, наличного законопорядка против всякого рода критически и оппозиционно ("непозитивно") звучащих требований и представлений о "естественном", "должном", "идеальном", "разумном", "справедливом" и т. и. праве.

К основным идеям и положениям "юридического позитивизма" относятся:

трактовка права как творения власти,

властная принудительность как, единственная отличительная особенность права,

формально-логический и юридико-догматический методы анализа права, отрыв права от общественных отношений, а юриспруденции — от "метафизических" положений о природе, причинах, ценностях, сущности права и т. д.

В юриспруденции принято различать источник права в формальном смысле (формальный источник права) и источник права в материальном смысле (материальный источник права): под первым понимается та или иная форма выражения (формулирования) права (соответствующий нормативно-правовой акт, прецедент, обычное право и т. д.); под вторым — то, что, согласно соответствующей точке зрения, порождает (формирует) право (природа человека, разум, общество и т. д.). В этой связи следует отметить, что для юридического позитивизма (и вообще для легизма) закон (все источники позитивного права) является, по существу, источником права в материальном смысле, поскольку с этой точки зрения закон *не выражает и формулирует право, а порождает и формирует* его. Отсюда и характерные для такого подхода "юридические иллюзии" о всемогуществе закона и неограниченных возможностях ("свободной воле") законодателя творить по своему усмотрению любое право.

Так, Дж. Остин характеризовал право как "агрегат правил, установленных политическим руководителем или сувереном", и подчеркивал: "Всякое право есть команда, приказ". Так же и Ш. Амос утверждал, что "право есть приказ верховной политической власти государства с целью контроля действий лиц в данном сообществе". Г. Ф. Шершеневич придерживался аналогичных воззрений. "Всякая норма права, — писал он, — приказ". Право, по его оценке, — это "произведение государства", а государственная власть характеризуется им как "тот начальный факт, из которого исходят, цепляясь друг за друга, нормы права".

Своим приказом государственная власть порождает право — таково кредо данного типа правопонимания. С этой точки зрения *все, что приказывает власть, есть право*. Отличие *права от произвола* тем самым в принципе лишается объективного и содержательного смысла и имеет для приверженцев такого подхода лишь субъективный и формальный характер: явный произвол, санкционируемый определенным субъектом (органом государства) в определенной форме (в форме того или иного акта — закона, указа, рескрипта, постановления, циркуляра и т. д.), признается правом. В легистско-позитивистской трактовке за приказом государственной власти признаются магические возможности. Получается, что подобным приказом решаются задачи не только субъективного характера (формулирование норм законодательства), но и объективного плана (формирование, создание самого права), а также собственно научного профиля (выявление специфики права, его отличия от иных социальных норм и т. д.).

Как приказ власти и принудительный порядок трактуют право и *неопозитивисты*, несмотря на их декларации об "очищении" юриспруденции от прежних этатистских представлений о праве как продукте государства и их попытки формально-логическим образом обосновать, будто отстаиваемое ими принудительно-приказное право получает свою действительность не от государства, а от гипотетической основной нормы (Г. Кельзен) или от некоего фактического "последнего правила" — "высшего правила признания" (Г. Харт).

В силу такой позитивистско-прагматической ориентированности *легистская юриспруденция* занята уяснением и рассмотрением двух основных эмпирических фактов: 1) выявлением, классификацией и систематизацией самих видов (форм) этих приказаний (принудительно-обязательных установлений) официальной власти, т. е. так называемых формальных источников действующего права (позитивного права, закона) и 2) выяснением мнения (позиции) законодателя, т. е. нормативно-регулятивного содержания соответствующих приказаний власти как источников (форм) действующего права.

Истина о праве, согласно легизму, дана в законе, выражающем волю, позицию, мнение законодателя (суверена, государства). Поэтому искомое истинное знание о праве носит здесь характер мнения, хотя и официально-властного мнения. По логике такого правопонимания, одна только власть, создающая право, действительно знает, что такое право и чем оно отличается от неправа. Наука же в лучшем случае может адекватно постигнуть и выразить это воплощенное в законе (действующем праве) властно-приказное мнение.

Теоретико-познавательный интерес легизма полностью сосредоточен на действующем (позитивном) праве. Все, что выходит за рамки эмпирически данного позитивного права, все рассуждения о сущности права, идее права, ценности права и т. д. позитивисты отвергают как нечто метафизическое, схоластическое и иллюзорное, не имеющее правового смысла и значения.

Особо остро позитивисты критикуют естественно правовые учения. Причем к естественно правовым они относят все концепции различения права и закона, все теоретические рассуждения о праве, расходящиеся с положениями закона. Конечно, изучение, комментирование, классификация и иерархизация источников позитивного права, выявление их нормативного содержания, систематизация этих норм, разработка вопросов юридической техники, приемов и методов юридического анализа и т. д., т. е. все

то, что традиционно именуется *юридической догматикой (догмой права)* и относится к особой сфере профессиональной компетентности, мастерства и "ремесла" юриста, представляют собой важную составную часть познания права и знания о действующем праве. Но позитивистское ограничение теории права разработкой догмы права, по существу, означает подмену собственно научного исследования права его формально-техническим описательством, *сведение правоведения к законоведению*.

Позитивистская гносеология закона (действующего права) при этом ориентирована не на познание сущности закона, не на получение какого-то нового (отсутствующего в самом фактически данном законе) знания о действующем праве, а на адекватное (в юридико-догматическом смысле) описание его как собственно уже познанного и известного объекта. Все знание о праве, согласно такому правопониманию, уже официально дано в самом позитивном праве, в его тексте, и основная проблема позитивистского учения о праве состоит в правильном толковании текста закона и надлежащем изложении имеющегося в этом тексте официально-правового знания, мнения и позиции законодателя.

Легизм — в силу отождествления права и закона (позитивного права) и отрицания объективных, независимых от законодателя и закона свойств и характеристик права — отвергает, по существу, собственно правовые ценности и признает лишь ценность закона (позитивного права). Позитивистская "ценность" закона (позитивного права) — это его официальная общеобязательность, властная императивность, а не его общезначимость по какому-либо объективному (не властно-приказному) основанию. Характерен в этом отношении радикально-позитивистский подход Кельзена, согласно которому *право ценно только как приказание, как норма*

3. Юснатурализм

Для юридического типа правопонимания, напротив, характерна та или иная версия (вариант) различения права и закона (позитивного права). При этом под правом (в той или иной форме) имеется в виду нечто объективное, не зависящее от воли, усмотрения или произвола законоустанавливающей (государственной) власти, т. е. определенное, отличное от других социальное явление (особый социальный регулятор и т. д.) со своей объективной природой и спецификой, своей сущностью, отличительным принципом и т. д.

Для сторонников *естественно правовых идей* естественное право (в его религиозной или светской трактовке с позиций теологии, этики, юриспруденции или философии права) — это единственное настоящее, исходно подлинное право, коренящееся в объективной природе — в природе бога или человека, в физической, социальной или духовной природе, в "природе вещей" и т. д. Оно воплощает собой начала разумности, нравственности и справедливости. В отличие от него позитивное право рассматривается ими как отклонение (а зачастую как отрицание) от естественного права, как искусственное, ошибочное или произвольное установление людей (официальных властей).

Естественно правовой подход исходит из признания естественного права, которое противопоставляется праву позитивному (сам термин "позитивное право" возник в средневековой юриспруденции). Согласно юснатурализму (естественно правовому подходу), право по своей природе, смыслу, сущности и понятию — это естественное право. Но на вопрос о том, что такое само естественное право, различные естественно правовые концепции дают разные ответы.

Как традиционное, так и "возрожденное" естественное право лишено надлежащей содержательной и понятийной определенности и общезначимости. Ведь никогда не было, нет, и в принципе не может быть какого-то одного единственного естественного права, а было и есть множество различных (отдельных, особенных) естественных прав, точнее говоря, их концепций и версий.

Плюрализм естественно правовых учений отражает, следовательно, плюрализм (особенных) естественных прав и понятий, причем каждое из этих конкурирующих между собой учений претендует на истинность именно своей версий особенного естественного права, своего понимания (и понятия) того, что есть естественное право. Но поскольку разные естественно правовые учения (и лежащие в их основе разные понятия естественного права) *наряду с различиями имеют и нечто существенно общее*, что, собственно говоря, и позволяет отличать "естественное право" в целом (и естественно правовые концепции) от "позитивного права" (и позитивистских концепций), встает вопрос об универсальном определении естественного права, т. е. об определении *общего понятия естественного права*.

С точки зрения общей теории правопонимания *различение естественного права и позитивного права* — это *частный случай, вариант общей теории различения права и закона*. Согласно естественно правовому различению права и закона, право (и присущие или приписываемые ему свойства) *объективно* в особом смысле — в смысле его *естественности*, принципиально противопоставляемой *искусственности* позитивного права (а вместе с тем его *субъективности*, произвольности и т. д.). Из сказанного можно сделать вывод, что обращенное к сфере права принципиальное противопоставление "естественного" "искусственному", соединенное с их противоположной нравственной оценкой, составляет смысл и суть понятия естественного права в его различении и соотношении с позитивным правом.

Постоянным компонентом этой естественно правовой схемы и вместе с тем смысловой основой традиционных представлений о вечном и неизменном естественном праве (в отличие т изменчивого позитивного права) является именно *принцип противопоставления в области права "естественного" "искусственному"*, включающий в себя их *ценностную оценку и приоритет "естественного" над "искусственным"*. Это и есть всеобщий (универсальный) принцип естественного права.

В рамках этого принципа "искусственное" уже дано в виде позитивного права, поэтому "естественное" (естественное право) трактуется как *преданное* (богом, разумом, природой вещей, природой человека и т. д.), *предпозитивное*. *Смысловое содержание универсального принципа естественного права, а вместе с тем и общего понятия естественного права включает в себя следующие моменты*.

Во-первых, данный принцип, определяя право как сферу своего применения и действия, отрицает правовой смысл принципа позитивного права и утверждает наличие естественного права как собственно права в исходном, безусловном и подлинном смысле этого явления и понятия.

Во-вторых, этот принцип — в своем противопоставлении естественного и позитивного права — обозначает противоположность двух качественно разных сфер — противоположность "естественного" (включая естественное право) и "искусственного" (включая позитивное право). Причем "естественное (включая естественное право), согласно такой положительной качественной оценке, — это нечто по своему бытию, смыслу и значению исходное, объективное, безусловное, подлинное, не зависящее от человека, а "искусственное" (включая и позитивное право) — нечто вторичное, производное, субъективное, условное, неподлинное, зависящее от человеческого усмотрения и в целом негативное по качеству (как уклонение отрыв и противоположность "естественному").

В-третьих, естественное право и позитивное право, согласно естественно правовому принципу, выступают как взаимосвязанные противоположное (и как подразумевающие друг друга парные категории). В этом плане естественное право — в его соотношении с позитивно данным правом — представляет собой преданное (препозитивное, допозитивное и надпозитивное) право, которому должно соответствовать позитивное право, чтобы иметь правовой характер.

В-четвертых, универсальный естественно правовой принцип (и соответственно универсальное понятие естественного права) — это принцип (и понятие) универсальной модели естественного права, которая выступает как универсальный образец для всех отдельных видов естественного права.

Универсальный естественно правовой принцип воплощает собой *всеобщую абстракцию ценности*, но не сводится к какой-то одной определенной ценности (например, справедливости, равенству, разумности, истинности, до достоинству человека и т. д.) либо к какой-то конкретно определенной их совокупности. Поэтому, например, справедливость (или любая другая определенная ценность, скажем, равенство, достоинство человека, разумность и т. д.) — это не универсальный естественно правовой принцип (и, следовательно, не составной момент универсального понятия естественного права), а принцип отдельного естественного права, абстрактно допускаемый

С точки зрения развиваемой нами общей теории правопонимания (различения права и закона) *естественно правовому подходу присущи как достоинства* (наличие некоторых моментов юридического правопонимания, правда, без должного теоретического осознания и выражения), *так и недостатки* (смещение права с неправовыми явлениями — моралью, нравственностью, религией и т. д., отсутствие четкого критерия отличия права от всего неправового, трактовка равенства, свободы и справедливости не как специфических формально-правовых понятий, свойств и характеристик, а как фактически-содержательных моральных феноменов или смешанных морально-правовых, нравственно-правовых и т. д. явлений).

4. Юридический либертаризм

Либертарно-юридический подход исходит из различения права и закона и под правом имеет в виду не естественное право, а бытие и нормативное выражение (конкретизацию) *принципа формального равенства* (как сущности и отличительного принципа права).

При этом *принцип формального равенства* трактуется и раскрывается в рамках либертарно-юридического подхода как единство трех основных компонентов правовой формы (права как формы отношений): 1) абстрактно-формальной всеобщности нормы и меры равенства (*равной для всех нормы и меры*), 2) свободы и 3) справедливости. Как составные моменты формального равенства все элементы данного триединства в рамках развиваемого нами формально-юридического правопонимания носят чисто и последовательно формальный характер. Ведь право как форму отношений не следует смешивать с фактическим содержанием этих отношений. Важно также отметить, что названные элементы не только дополняют, но и предполагают, подразумевают друг друга, ибо являются лишь различными проявлениями (разными аспектами и формами проявления) единого правового начала — принципа формального равенства (а вместе с тем и правовой формы отношений).

Поскольку только таким образом понимаемое право является всеобщей и необходимой формой свободы, мы называем свой формально-юридический подход либертарной (или ли-бертарно-юридической) теорией права. С точки зрения общей теории правопонимания естественно правовой подход и либертарный формально-юридический подход как различные формы юридического правопонимания представляют собой этапы и ступени возникновения, углубления и развития теоретического подхода к праву, исторического прогресса в области теоретико-правовой мысли.

Либертарный подход предполагает (и включает в себя) все возможные формы различения и соотношения права и закона — от разрыва и противостояния между ними до их совпадения. Та же логика действует и применительно к отношениям между правом и государством, которое с позиций юридического правопонимания трактуется во всем

диапазоне его правовых и антиправовых проявлений (от правонарушающего до правового государства).

Согласно либертарно-юридическому (формально-юридическому) правопониманию, *право* — это форма отношений равенства, свободы и справедливости, определяемая принципом формального равенства участников данной формы отношений. Везде, где есть принцип формального равенства, там есть право, правовая форма отношений. *Формальное равенство как принцип права и есть правовое начало, отличительное свойство и специфический признак права.* В праве нет ничего, кроме принципа формального равенства (и конкретизации этого принципа). Все выходящее за рамки этого принципа и противоречащее ему является неправовым и антиправовым.

Право (правовая форма, принцип формального равенства) в нашей трактовке обладает такими *формально-содержательными свойствами и характеристиками, как формально-всеобщая равная мера, свобода, справедливость.* Именно благодаря обладанию этими формально-содержательными характеристиками (компонентами), выражающими смысл принципа формального равенства, *форма приобретает свое правовое свойство, свое специфическое качество именно правовой формы,* отличной от всякой другой формы, от форм моральных, религиозных или принудительно-приказных (силовых, произвольных) отношений и т. д.

В рамках нашего формально-юридического подхода под "*формальным*" имеется в виду формальность (формальные характеристики) права в его разграничении с законом (позитивным правом), а не позитивистски трактуемая формальность закона (позитивного права), когда полностью отрицаются объективные (не зависящие от официальной власти) свойства и вместе с тем отличительные особенности правовой формы. Под "*юридическим*" же имеется в виду не естественное или позитивное право, не "*юридическое*" в естественно правовом или легистском толковании, а либертарно понимаемое право в его различении с законом (позитивным правом), т. е. "*юридическое*" — в смысле нашей трактовки принципа формального равенства.

Равенство представляет собой определенную абстракцию, т. е. является результатом сознательного (мыслительного) абстрагирования от тех различий, которые присущи уравниваемым объектам. Уравнивание предполагает различие уравниваемых объектов и вместе с тем несущественность этих различий (т. е. возможность и необходимость абстрагироваться от таких различий) с точки зрения соответствующего основания (критерия) уравнивания.

Так, уравнивание разных объектов по числовому основанию (для определения счета, веса и т. д.) абстрагируется от всех их содержательных различий (индивидуальных, видовых, родовых). *Правовое равенство* не столь абстрактно, как числовое равенство в математике. Основанием (и критерием) правового уравнивания различных людей является *свобода индивида* в общественных отношениях, признаваемая и утверждаемая в форме его правоспособности и правосубъектности. В этом и состоит специфика правового равенства и права вообще.

Правовое равенство в свободе как *равная мера свободы означает и требование соразмерности, эквивалента* в отношениях между свободными индивидами как субъектами права. Правовое равенство — это равенство свободных и независимых друг от друга субъектов права по общему для всех масштабу, единой норме, равной мере. Там же, где люди делятся на свободных и несвободных, последние относятся не к субъектам, а к объектам права и на них принцип правового равенства не распространяется.

В социальной сфере равенство — это всегда правовое равенство, формально-правовое равенство. Ведь правовое равенство, как и всякое равенство, абстрагировано (по собственному основанию и критерию) от фактических различий и потому с необходимостью и по определению носит формальный характер.

По поводу равенства существует множество недоразумений, заблуждений, ошибочных и ложных представлений. В их основе, в конечном счете, лежит непонимание

того, что равенство имеет рациональный смысл, логически и практически возможно в социальном мире именно и только как правовое (формально-правовое, формальное) равенство. Так, нередко (в прошлом и теперь) правовое равенство смешивается с разного рода уравнительными требованиями и т. д. или напротив, ему противопоставляют так называемое "фактическое равенство". Подобная путаница всегда, так или иначе, носит антиправовой характер.

История права — это история прогрессирующей эволюции содержания, объема, масштаба и меры формального (правового) равенства при сохранении самого этого принципа как принципа любой системы права, права вообще. Разным этапам исторического развития свободы и права в человеческих отношениях присущи свой масштаб и своя мера свободы, свой круг субъектов и отношений свободы и права — словом, свое содержание принципа формального (правового) равенства. Так что принцип формального равенства представляет собой постоянно присущий праву принцип с исторически изменяющимся содержанием.

В целом историческая эволюция содержания, объема сферы действия принципа формального равенства не опровергает, а, наоборот, подкрепляет значение данного принципа (и конкретизирующей его системы норм) в качестве отличительной особенности права в его соотношении и расхождении с иными видами социальной регуляции (моральной, религиозной и т. д.). С учетом этого можно сказать, что *право — нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях.*

Исходные фактические различия между людьми, рассмотренные (и регулированные) с точки зрения абстрактно-всеобщего правового принципа равенства (равной меры), предстают в итоге в виде неравенства в уже приобретенных правах (неравных по их структуре, содержанию и объему прав различных индивидов — субъектов права). Право как форма отношений по принципу равенства, конечно, не уничтожает исходных различий между разными индивидами, но лишь формализует и упорядочивает эти различия по единому основанию, трансформирует неопределенные фактические различия в формально-определенные неравные права свободных, независимых друг от друга, равных личностей. В этом, по существу, состоят специфика и смысл, границы (и ограниченность) и ценность правовой формы опосредования, регуляции и упорядочения общественных отношений.

Признание различных индивидов формально равными — это признание их равной правоспособности, возможности приобрести те или иные права на соответствующие блага, конкретные объекты и т. д., но это не означает равенства уже приобретенных конкретных прав на индивидуально-конкретные вещи, блага и т. д. Формальное право — это лишь правоспособность, абстрактная свободная возможность приобрести — в согласии с общим масштабом и равной мерой правовой регуляции — свое, индивидуально-определенное право на данный объект. При формальном равенстве и равной правоспособности различных людей их реально приобретенные права неизбежно (в силу различий между самими людьми, их реальными возможностями, условиями и обстоятельствами их жизни т. д.) будут неравными: жизненные различия, измеряемые и оцениваемые одинаковым масштабом и равной мерой права дают в итоге различия в приобретенных, лично принадлежащих конкретному субъекту правах. Такое различие в приобретенных правах у разных лиц является необходимым результатом как раз соблюдения, а не нарушения принципа формального (правового) равенства этих лиц, их равной правоспособности. Различие в приобретенных правах не нарушает и не отменяет принципа формального (правового) равенства.

Сравним для иллюстрации три разные ситуации. Допустим, в первой ситуации право приобрести в индивидуальную собственность землю имеют лишь некоторые (докапиталистическая ситуация), во второй ситуации — все (капиталистическая ситуация), в третьей ситуации — никто в отдельности (социалистическая ситуация). В

первой и второй ситуациях все, кто наделен соответствующим правом, являются формально (юридически) равными, обладают равной правоспособностью независимо от того, приобрели ли они в действительности право собственности на соответствующие объекты, стали ли они реально собственниками какого-то определенного участка земли или нет. Одно дело, конечно, иметь право (правоспособность) что-то приобрести, сделать и т. д., другое дело — реализовать такую формальную, абстрактно-правовую возможность и приобрести реальное право на определенное благо. Но право — это лишь равный для различных людей формализованный путь к приобретению прав на различные вещи, предметы, блага, а не раздача всех этих вещей и благ поровну каждому.

Формы проявления равенства как специфического принципа правовой регуляции носят социально-исторический характер. Этим обусловлены особенности таких форм в различных социально-экономических формациях, на разных этапах исторического развития права, изменения объема и содержания, места и роли принципа правового равенства в общественной жизни. Вместе с тем данный принцип — при всем историческом многообразии и различии его проявлений — имеет универсальное значение для всех исторических типов и форм права и выражает специфику и отличительную особенность правового способа регулирования общественных отношений свободных индивидов. Везде, где действует принцип формального равенства, есть правовое начало и правовой способ регуляции: где действует право, там есть данный принцип равенства. Где нет этого принципа равенства, там нет и права как такового. *Формальное равенство свободных индивидов тем самым является наиболее абстрактным определением права, общим для всякого права и специфичным, для права вообще.*

ЛЕКЦИЯ 2 ПОНЯТИЕ И СУЩНОСТЬ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ

- 1. Развитие идей сравнительного правоведения**
- 2. Природа, цели сравнительного правоведения**
- 3. Объекты сравнительного правоведения**
- 4. Общие правила сравнительно - правового анализа**

1. Развитие идей сравнительного правоведения

Сравнительное правоведение прошло длинный путь развития. Выделяют четыре основные этапа формирования и развития сравнительного правоведения: 1) отдельные попытки сопоставления разных правовых образований; 2) использование историко-познавательных приемов сравнения отдельных отраслей законодательства; 3) применение сравнительно правового метода в исследованиях правовых систем по широкому кругу вопросов; 4) формулирование теории сравнительного правоведения.

Самые ранние сравнительно-правовые исследования обнаружены в Древней Греции. Платон в своих «Законах» сравнивает законы различных греческих полисов и на основании этого сравнения предлагает собственную конструкцию идеального государства. Необходимость сравнительного изучения различных правовых систем была признана Аристотелем. В основе «Политики» Аристотеля лежат 153 исследования о конституциях древнегреческих государств. Греческими философами также предпринимались попытки сравнения в области частного права (Геофраст «О законах»).

Римская империя, формируя собственное «римское право» перерабатывала правовые нормы других народов. Об этом писал известный французский ученый Рене Давид в книге "Основные правовые системы современности". Он также приводил другие примеры: Солон, создавая афинские законы, изучал прежде конституции греческих и варварских городов; Законы 12 таблиц были составлены лишь после изучения законов

городов Великой Греции. В средние века сравнивали право римское и каноническое, в Англии - каноническое и общее и так далее.

Сравнительно-правовые идеи получили развитие в Англии в работах Фортескью в 15 веке. В них он впервые сравнивает английские и французские законы. В период позднего средневековья сравнительно-правовые тенденции стали проявляться в Европе более отчетливо. Начиная с 16 века ученые-мыслители широко использовали сравнительный метод, как в историческом, так и в страноведческом планах.

Как наука сравнительное правоведение формируется значительно позже - на рубеже 19-го и 20-го столетия, ее ценность была признана многими юристами и заключается в достижении лучшего взаимопонимания в международных отношениях между различными странами, осмысления и совершенствования национального законодательства. Причинами этого процесса стали скорее практические цели, которые заключались в проведении реформ и улучшении качества национального права. Так в Англии была подготовлена книга «Торговое право стран мира или торговое право Соединенного королевства в сравнении с торговыми кодексами и законами других торговых держав». В ней торговое право Англии было сравнено с торговым правом почти всех стран мира.

Сравнительное правоведение как наука сформировалась под воздействие двух совершенно различных течений: привлечения иностранного права при создании новых национальных законов; сравнительного анализа различных правопорядков с целью изучения самого феномена права.

Среди первых, кто признал значимость сравнительного правоведения именно как основы для унификации права был Эрнст Рабель - основатель первого немецкого института по сравнительному правоведению (нынешний Макс-Планк институт) и один из активных членов Международного института унификации частного права (УНИДРУА).

Расширение связей между различными странами в конце XIX — начале XX в. и накопление к тому времени первого позитивного опыта в преподавании и изучении сравнительного права стимулировали компаративистов к дальнейшему расширению и углублению процесса изучения сравнительного права. Их активность в данном направлении была особенно заметна после первого Международного конгресса сравнительного права, проведенного в Париже в 1900 г.

Первая мировая война и связанная с ней разобщенность, а тем более враждебность друг к другу многих государств, уменьшило число сторонников сравнительного права. Однако уже в 20 — 30-е годы ситуация стала довольно быстро меняться в положительную сторону. В 1920 году в Лионе был основан институт сравнительного права. В 1926 году в Риме был создан Международный институт по унификации частного права. В 1932 году был создан институт сравнительного права Парижского университета.

Это дало возможность Роско Паунду — известному американскому юристу, основателю социологической (гарвардской) школы права, основывающейся на философии прагматизма и рассматривающей право как режим упорядочения человеческих отношений, — уже в 1934 г. с полным основанием заявить, что изучение сравнительного права становится все более эффективным. Автор прогнозировал, что в будущем преподавание права «будет основано на сравнительно-правовом методе», когда в процессе обучения будет показано, что «ни одна из национальных правовых систем, никакая доктрина, концепция, норма или конструкция не могут предложить адекватного решения проблем, постоянно возникающих в повседневной жизни».

Вторая мировая война, так же как и первая наложила свой негативный отпечаток на развитие сравнительного права и его «образовательных» функций, в значительной мере затормозив их развитие. Однако уже вскоре после окончания войны тенденция последовательного развития сравнительного права и его функций, их естественной, обусловленной объективными потребностями самой жизни эволюции была в значительной степени восстановлена. Уже в 1948 г. на конференции юристов —

профессоров и преподавателей США и ряда других стран, посвященной проблемам изучения международного и сравнительного права, указывалось на необходимость усиления внимания к этим дисциплинам и констатировалось, что преподавание международного и сравнительного права является «весьма важной составной частью современного юридического образования».

Во многих научных работах того времени, так же как во многих более поздних печатных трудах, последовательно проводилась мысль о том, что развитие и совершенствование сравнительного правоведения являются не прихотью какого-либо отдельного лица или группы лиц — специалистов в области юридического образования, а настоятельной потребностью самой жизни, самого процесса совершенствования юридического образования, отражающей эти потребности.

Изменения политической ситуации в конце 20 века повлекли за собой перемены в сравнительном правоведении. Политическое и экономическое сближение постсоциалистических стран с иностранными государствами привело к открытости правовых систем и их широкому взаимовлиянию.

2. Природа, цели сравнительного правоведения

Сравнительное правоведение является самостоятельной областью знаний, поскольку изучает свой предмет и при помощи своего - сравнительного метода, отличающегося от предмета и метода других отраслей.

Предметом правового регулирования сравнительного правоведения является общее и особенное в различных правовых массивах и системах, сферы и аспекты их соотношения между собой.

Основная *теоретическая задача* сравнительного правоведения заключается в уяснении общих принципов права и определении перспектив его развития на основе изучения различных правовых систем мира. Основной *практической задачей* является выявление сходных правовых проблем той или иной системы и путей их решения с тем, чтобы использовать имеющиеся положительные результаты для совершенствования национального законодательства и, кроме того, для избежания ошибок, уже имевших место в других странах при решении этих правовых проблем.

Сравнительное правоведение включает в себя несколько *элементов*: изучение различных нормативных массивов, правовых систем, овладение приемами их сопоставления и оценка, использование способов их отражения и восприятия в тех или иных национально-правовых системах, знание тенденций и закономерностей общеправового развития.

В сравнительном правоведении можно выделить *общую и особенную части*. *Общая часть* может быть посвящена понятию сравнительного правоведения, его предмету, методологии, целям, субъектам и объектам, критериям сопоставления и оценки, способам восприятия элементов иностранных правовых систем в национальном законодательстве.

Особенная часть раскрывает особенности применения методологии сравнительного правоведения в двух аспектах. Структурный аспект означает его применение в отношении правовых семей, нормативных массивов, правовых систем и их составных частей. Отраслевой аспект означает использование и выявление особенностей развития различных отраслей юридической науки.

Т.о., если общая часть, как это следует из ее названия, призвана сформулировать лишь общее представление о сравнительном праве — его понятии, структуре, предмете, методе, содержании и т. п., то особенная — дать конкретные знания об изучаемых в сравнительном плане отдельных нормах, институтах, отраслях или даже системах права.

В рамках дисциплины «сравнительного правоведения» используются понятия, которые можно условно разделить на несколько групп:

1) *специальные понятия*, в основном присущие сравнительному правоведению (правовое сходство, правовое различие, коллизионные нормы, гармонизация законодательства, сближение законодательства и т.д.

2) понятия *общей теории права*, такие как «право», «правовая система», «законодательство», «правовая норма» и т.д.

3) понятия *отраслевых юридических наук* и прежде всего конституционного и международного права.

Изучение сравнительного права не только расширяет кругозор, но и обогащает знания по юриспруденции. Они учатся «уважать самостоятельную правовую культуру других народов», начинают понимать, как использовать «критические идеи для улучшения правовых конструкций», получают знания «о социальной обусловленности правовых норм» и глубже вникают в процесс формирования правовых институтов. При этом применимость сравнительного правоведения на практике вытекает из самой природы научного знания, эффективность которого проявляется некоторое время спустя. В данной связи можно лишь упомянуть полезность сравнительного правоведения для международного частного права, толкования международных договоров в деятельности международных судов и арбитражей, международных властных структур, а также для унификации права.

Помимо сказанного, важность изучения сравнительного права обуславливается также и другими факторами-причинами. Среди них, например, многие зарубежные и отечественные авторы указывают на то, что изучение сравнительного права помогает глубже понять собственную правовую систему и оценить ее как бы со стороны, «с определенной дистанции». В результате может выявиться, в частности, что те из многочисленных правовых норм и институтов, которые раньше воспринимались как присущие всем цивилизованным обществам и правовым системам, в действительности возникли в силу исторических причин или географических факторов лишь в пределах одной, собственной правовой системы и что все остальные правовые системы мира или большинство из них прекрасно существуют и функционируют вовсе без них. Из этого следует, что сходные проблемы, возникающие в обществе или правовой системе и решаемые с помощью этих норм и институтов, вероятно, могут решаться гораздо проще и эффективнее другим путем, на основе иных норм и институтов. В то же время, при изучении сравнительного права может обнаружиться, что те из теоретически и практически важных правовых институтов и норм, которые традиционно считались сугубо «местными», локальными, присущими только одной правовой системе, на самом деле имеют свои корни в других правовых системах

Итоги сравнительно-правового изучения могут быть реализованы в:

1. В процессе законотворческой деятельности
2. В толковании законов
3. В правоприменительной практике
4. В деятельности хозяйствующих субъектов
5. В научных исследованиях
6. В образовании кадров
7. В деятельности международных организаций и межгосударственных объединений.

К главным целям сравнительного правоведения относят те основные и стабильные установки, которые обеспечивают устойчивое и постоянное развитие сравнительного правоведения. К ним относятся:

1. Познавательная цель.

Сравнительное правоведение ориентировано на глубокое и масштабное изучение правовых явлений. Их анализ и оценка применительно к внутригосударственному развитию будут более полными и объективными, когда изучаются общие и специфические причины правовых явлений, временные и стабильные

правовые ситуации в зарубежных государствах и их влияние; факторы, ведущие к изменению иностранных законодательств, к принятию и изменению правовых актов; условия, способствующие или сдерживающие реализацию права.

Исследование и сопоставление уровня правосознания и правовой культуры в своей стране и в иностранных государствах позволяет лучше понять механизм правового поведения граждан в данный период и в перспективе, когда будут действовать новые законы. Это касается и сравнения правообеспечивающих механизмов – как определены в законодательстве правотворческие и правоприменительные полномочия государственных органов, насколько последовательно они реализуют свои полномочия, какова эффективность деятельности суда, органов юстиции, прокуратуры, внутренних дел и т.д.

2. Информационная цель.

Данная цель производна и связана с первой целью. Информационная цель определяется как средство достижения познавательной цели сравнительного правоведения и как самостоятельная цель. Для достижения этой цели необходимо постоянно получать материалы о развитии и функционировании зарубежных правовых систем, государственных институтов, об их взаимосвязях между собой.

Информационная цель сравнительного правоведения достигается путем целого ряда средств: подготовки справочных материалов о развитии иностранного законодательства, информационных обзоров зарубежного законодательства. Их готовят по страноведческому признаку, по отдельным отраслям, правовым институтам.

3. Аналитическая цель.

Ставя перед собой эту цель компаративисты стремятся обнаружить корни, истоки правовых явлений в зарубежных правовых системах и тенденции их развития. Объектом сравнения в этом случае в первую очередь становится национальная правовая система и иностранная правовая система. В этом случае критерии сопоставления заданы стремлением обнаружить общее и специфическое и возможностью использования зарубежного правового опыта для решения конкретных правовых задач.

4. Интегративная цель.

Эта цель сравнительного правоведения предопределена курсом государства или государств, межгосударственных объединений на гармонизацию и сближение национальных законодательств. Эта цель дает ориентацию в разработке способов гармонизации и сближения в их практическом применении, а также в серии последовательных действий государств в направлении к данной цели.

Критериями сравнения и оценки национальных законодательств в этом случае служат признание общих интересов государств в согласованном правовом регулировании, поиск и определение объектов такого регулирования, выявление различий в национальных законодательствах и возможных средств их преодоления. Обеспечивается благоприятный политический и социально-психологический климат для переговоров, обсуждений, достижения договоренностей.

5. Критическая цель.

Недовольство одной страны политикой другой страны порождает критику в адрес конституционного, торгового, таможенного, банковского, эмиграционного законодательства. Она может выражаться как в общих политических оценках, так и в негативной оценке положений отдельных законов, ущемляющих интересы приграничных государств либо содержащих отступления от международных документов. Такая критическая направленность зависит от динамики общественной ситуации внутри того или иного государства и в мировом сообществе.

6. Пропагандистская цель.

Каждое государство заинтересовано в защите своей правовой системы и пропаганде ее достоинств. Однако эта цель обладает определенной односторонностью. Т.к. органы государства, научные учреждения, СМИ стремятся для достижения этой цели

к некоторому преувеличению значимости отдельных сторон национальной правовой системы, оставляя без внимания положительные аспекты других правовых систем.

3. Объекты сравнительного правоведения.

Основными объектами сравнительного правоведения являются:

1. Правовая действительность, правовая реальность.

Самое широкое правовое понятие, охватывающее все, без исключения, правовые явления, — это "правовая действительность". Однако в свете сравнительного правоведения в первую очередь принимаются во внимание состояние и изменения в государственно-правовой сфере. К ним относятся, во-первых, процессы развития иностранных государств, их политики, государственных институтов, политический режим данных государств; во-вторых, отношение к праву как к явлению и фактору общественной жизни, к законотворчеству и роли закона, к эволюции системы законодательства; в-третьих, состояние правообеспечивающих институтов — юстиции, судов, прокуратуры, органов внутренних дел и т.д.

2. Правовые системы.

Правовую систему можно определить как целостный комплекс правовых явлений, обусловленный объективными закономерностями развития общества, осознанный и постоянно воспроизводимый людьми и их организациями (государством) и используемый ими для достижения своих целей.

Это понятие выражает следующую идею: право есть комплекс; составляющие его элементы соединены между собой не случайным образом, а необходимыми связями и отношениями; все юридические явления данного общества, существующие в одно и то же время и на одном и том же пространстве, связаны отношениями общности, которые и объединяют их в систему. В правовой системе воедино слились естественные потребности людей с их мыслями, волей и чувствами, с правовыми традициями и арсеналом технико-юридических средств, с поступками, деятельностью их объединений.

Различают пять уровней правовой системы: субъектно-сущностный; интеллектуально-психологический; нормативно-регулятивный; организационно-деятельностный; социально-результативный.

Субъектно-сущностный уровень выделяется для того, чтобы подчеркнуть значение субъектов права в качестве системообразующих материальных факторов правовой системы. Именно человек (гражданин, иностранный гражданин, лицо без гражданства) и его объединения (общественные организации и движения, акционерные общества, другие коммерческие и некоммерческие организации и государство в целом), обладающие правами и несущие юридические обязанности, выступают реальными элементами правовой системы.

На *интеллектуально-психологическом* уровне формируется правопонимание конкретного человека и правосознание (индивидуальное и общественное). Совокупность таких, казалось бы, разнокачественных явлений, как знания, эмоции, чувства, идеологические и религиозные взгляды и догмы, нравственные постулаты, позволяет человеку воспринимать, оценивать правовую реальность, вырабатывать отношение к ней и мотивы правового поведения.

Исследование *нормативно-регулятивного* уровня правовой системы позволяет сделать вывод о том, что определенным системообразующим фактором выступают и нормы-права. Они объективируют идеальные представления людей о справедливости и несправедливости, о важности стимулирования развития тех или иных общественных отношений. Правовые нормы входят в систему в качестве звена, с которым так или иначе сопряжены все другие ее компоненты. В совокупности они представляют собой и характеризуют право как таковое.

Правовые нормы выступают одновременно в качестве аккумуляторов и проводников государственной воли народа, возведенной в закон, т.е. в качестве источников той политико-правовой энергии, которой заряжена вся масса нормативного ядра системы. Выступая носителем подобной энергии, они, будучи элементами правовой системы, притягивают к себе и заставляют работать все иные компоненты, в результате чего образуются структурно-функциональные блоки уже иного порядка. Норма первой испытывает на себе изменения, с нее начинается реальное совершенствование правовой системы. Благодаря своему универсальному, сквозному значению, норма права распространяет свои свойства и на другие уровни системы, служит точкой отсчета, единицей измерения правовой материи.

Нормативный срез высвечивает основную социальную функцию правовой системы — регулирование общественных отношений, а также основные цели и направления правового воздействия на развитие общества.

Организационно-деятельностный уровень охватывает все юридически оформленные связи и отношения, формы реализации права, различные виды правового поведения людей, правотворческую и правоприменительную деятельность государства и общества.

Социально-результативный уровень правовой системы характеризует, с одной стороны, то, насколько человек как субъект права освоил правовую действительность, как он «живет» в ней, а с другой — то, как сформировались и насколько идентичны интересам индивида и общества различного рода режимы и состояния, позволяющие представить себе определенные результаты действия юридических норм (правовая культура, законность, правопорядок). На этом уровне заложенные в праве свободы, возможности и требования органично вплетаются в социальную и политическую материю. Здесь наиболее четко проявляются сущностные качества правовой системы, имеющие важное значение для формирования и функционирования политической системы и гражданского общества.

3. Правовые семьи или принадлежность правовых явлений и институтов к той или иной правовой семье.

Исторически в каждой стране действуют свои правовые обычаи, традиции, законодательство, юрисдикционные органы, сформировались особенности правового менталитета, правовой культуры. Правовое своеобразие стран позволяет говорить об их самобытности, о том, что каждая из них образует свою правовую систему — совокупность всех правовых явлений (норм, учреждений, отношений, правосознания), существующих в ее рамках (правовая система в узком смысле). Однако наряду с особенностями, отличиями, в этих правовых системах можно заметить и общие черты, элементы сходства, которые позволяют их группировать в «правовые семьи» (правовые системы в широком смысле), объединяющие несколько родственных в правовом отношении стран.

Существует несколько критериев объединения, классификации правовых систем различных государств.

1. *Общность генезиса* (возникновения и последующего развития). Иначе говоря, системы связаны между собой исторически, имеют общие государственно-правовые корни (произрастают из одного древнего государства, основаны на одних и тех же правовых началах, принципах, нормах).

2. *Общность источников, форм закрепления и выражения норм права.* Речь идет о внешней форме права, о том, где и как фиксируются его нормы (в законах, договорах, судебных решениях, обычаях), об их роли, значении, соотношении.

3. *Структурное единство, сходство.* Правовые системы стран, входящих в одну правовую семью, должны обладать сходством структурного построения нормативно-правового материала. Как правило, это находит выражение на микроуровне — на уровне строения нормы права, ее элементов, а также на макроуровне — на уровне строения

крупных блоков нормативного материала (отраслей, суботраслей, других подразделений).

4. *Общность принципов регулирования общественных отношений.* В одних странах это идеи свободы субъектов, их формального равенства, объективности правосудия и т.д., в других — теологические, религиозные начала (например, мусульманские страны), в третьих — социалистические, национал-социалистические идеи и т. п.

5. *Единство терминологии, юридических категорий и понятий, а также техники изложения и систематизации норм права.* Родственные в правовом отношении страны обычно используют тождественные или сходные по своему значению термины, что объясняется единством их происхождения. По этой же причине законодатели стран, входящих в одну правовую систему, при разработке правовых текстов применяют одинаковые юридические конструкции, способы построения нормативного материала, его упорядочения, систематизации.

С учетом изложенного в науке выделяют следующие правовые системы: 1) англосаксонскую (Англия, США, Канада, Австралия, Новая Зеландия и др.); 2) романо-германскую (страны континентальной Европы, Латинской Америки, некоторые страны Африки, а также Турция); 3) религиозно-правовые (страны, исповедующие в качестве государственной религии ислам, индуизм, иудаизм); 4) социалистическую (Китай, Вьетнам, КНДР, Куба); 5) систему обычного права (экваториальная Африка и Мадагаскар).

4. Правовые учения, концепции и правовые взгляды.

Правовые учения и концепции дают возможность большего сопоставления. Существуют общепризнанные концепции государства, власти, права – верховенство права, закона, правового государства, разделения властей, приоритета прав человека и гражданина, презумпции невиновности и т.д. Их основные положения в разных странах служат своего рода общей теоретической основой для ученых и политиков, которые их разделяют и реализуют в жизни. В то же время существуют определенные модификации общих теорий, которые существуют в различных странах – они по-разному влияют на построение и деятельность государства и его органов, на систему права и законодательства, правоприменение. Так, существуют различные доктрины видов государственных институтов, которые варьируются в рамках таких понятий как «государственная власть», «публичная власть», «публичное учреждение», «институция».

5. Правовые массивы и правовые комплексы.

6. Национальное законодательство.

Наиболее частый объект сравнения, так как дает возможность найти общие характеристики законодательных систем, совпадающие тенденции их развития, а также особенности развития. Речь идет о сопоставимости истоков законодательств, критериев классификации ее отраслей, предметов и объемов регулирования в рамках отраслей, о соотношении различных отраслей. Устанавливается реальная роль закона и пределы собственно законодательного регулирования. Устанавливается соотношение закона и подзаконного акта.

7. Отрасли, подотрасли законодательства, сравнительные массивы.

Отрасль права представляет собой обособленную совокупность юридических норм, институтов, регулирующих однородные общественные отношения. Она отражает более высокий уровень системообразующих связей, характеризуется определенной целостностью, автономностью.

В рамках правовых семей отраслевая классификация в основном может совпадать, хотя внутреннее наполнение их отличается своеобразием. Весьма существенно различаются предмет, объем, методы регулирования, соотношение кодексов и отраслевых законов.

8. Правовые институты.

Институт права — это обособленная группа юридических норм, регулирующих общественные отношения конкретного вида. В качестве примера можно назвать институт права собственности в гражданском праве, институт ответственности должностных лиц в административном праве, институт избирательного права и нормы, регулирующие статус депутата, в конституционном праве. Институты могут быть отраслевыми и межотраслевыми (комплексными).

Для изучения отраслевых или межотраслевых институтов необходимо рассмотрение многих правовых актов, для определения входят ли они в состав одной или нескольких отраслей.

9. Законы и иные правовые акты.

Они являются самым распространенным объектом сравнительного правоведения. В современной юридической науке и практике термин «закон» употребляют двояко — как юридический нормативный акт высшего органа власти, принятый в особом порядке парламентом (или с помощью плебисцита), и как нормативный акт (юридический документ) любого органа государства, который содержит юридические нормы, обязательные правила поведения.

Закон — это обладающий высшей юридической силой нормативный акт, принятый в особом порядке высшим представительным органом государственной власти или непосредственно народом и регулирующий наиболее важные общественные отношения.

При изучении иностранных законов необходимо правильно оценить пределы совпадения и несовпадения предметов их регулирования, точно выяснить место данного акта в системе отраслевого или межотраслевого регулирования и его соотношение с другими актами (так как один и тот же вопрос может регулироваться в разных странах разными актами), изучить информацию о практике применения сравниваемого закона.

10. Правовые нормы.

В современной юридической литературе под нормой права понимается общеобязательное формально-определенное правило поведения, установленное и обеспеченное обществом и государством, закрепленное и опубликованное в официальных актах, направленное на регулирование общественных отношений путем определения прав и обязанностей их участников. Далеко не всегда совпадают классификации правовых норм, которыми пользуются в разных национальных правовых системах. Их разновидности могут включать нормы-принципы, нормы-дефиниции, нормы-санкции и т.д. Важно также правильно оценить структуру сравниваемых правовых норм.

11. Юридическая техника.

Юридическая техника — это совокупность правил, средств и приемов разработки, оформления и систематизации нормативных актов в целях их ясности, понятности и эффективности. Объектом юридической техники является текст нормативного документа, в отношении которого применяются интеллектуальные усилия законодателя. Именно последний и использует различные правила и приемы подготовки нормативных актов.

Уровень развития юридической техники всегда служит надежным показателем уровня развития правовой культуры общества. Юридическая техника не чисто техническая, прикладная проблема, а критерий определения сущности права, критерий направленности политической воли законодателя.

При всей общности приемов и правил юридической техники существует немало специфических приемов, отражающих как особенности языка и культуры, так и традиции законодательного процесса.

Объединение и структурирование нормативного материала может производиться и сходным и своеобразным образом. В связи с этим не всегда можно сопоставить отдельные структурные части правовых актов. Также можно отметить отличия в способах отсылок к другим актам — к конкретным актам, актам определенного вида; в порядке введения норм законов в действие — путем указания в тексте закона условий и сроков введения в

действие отдельных статей (Англия), принятия постановления или закона о порядке введения в действие норм закона (Россия). Кроме того, необходимо установление точного смысла понятий и терминов, так как сходные понятия могут иметь различное значение.

4. Общие правила сравнительно - правового анализа.

Наиболее часто встречающимися ошибками в проведении сравнительно-правового анализа являются:

1. Неправильный выбор объектов правового анализа и критериев их сравнения.
2. Не учитываются объективные условия и факторы, которые порождают те или иные институты в зарубежном и национальном праве. Не всегда принимается во внимание уровень правовой культуры и правовых традиций.
3. Нередко происходит прямое заимствование научных правовых концепций, которые не всегда адекватно могут быть отражены в национальном законодательстве.
4. Допускается неверное использование юридических конструкций, понятий и терминов.
5. Встречается прямое копирование правовых институтов и норм без оценки возможностей их вживания в национальную правовую систему.

В соответствии с этим важны методологически строгие подходы к сравнительно-правовым исследованиям. Существует несколько критериев при осуществлении сравнительно-правовых исследований. Один из них был предложен болгарским юристом Живко Сталевым, основным моментом в котором явилось *использование тех же понятий и терминов, которыми пользуются в другой правовой системе*. Этот критерий дает успех при сравнении однородных систем. При расширении круга сравниваемых правовых явлений меньше вероятность тождества юридической терминологии и больше риск ошибок при поиске аналогичного отечественному юридическому понятию понятия иностранной правовой системы.

Следующим критерием является так называемая *«решаемая проблема» или «функциональное сравнение» правовых явлений*. Отправной точкой здесь является решение сходных задач правовой действительности, сравнение по общественным потребностям, которые удовлетворяются с помощью права. В данном случае поле для правовых сравнений значительно шире. Сторонниками «функционального критерия» являются немецкие юристы Цвайгерт К., Кетц Х.. Они считают, что различные правовые системы сравнимы лишь в той мере, в какой они решают данную проблему. Только выполнение правовыми институтами разных стран одной и той же задачи, на их взгляд, делает возможным и целесообразным какое-либо правовое сравнение.

При осуществлении сравнительно-правовых исследований можно обнаружить правовое сходство, правовое различие, правовую несовместимость на основе определенных признаков.

Общая методология означает всесторонний системный анализ сопоставляемых юридических явлений разных правовых систем с применением комплекса средств сравнения с целью выявления общего, специфического и несравнимого.

Можно выделить следующие методологические правила, которые целесообразно использовать в сравнительном правоведении:

1. Правильный выбор объектов сравнительного анализа и конкретная постановка целей, обусловленных его природой и потребностями субъекта сравнительного правоведения.
2. Проведение правового сравнения на разных уровнях, с использованием методов системно-исторического, логического анализа, аналогии для выяснения как внутренних связей и зависимостей в рамках сравниваемых правовых систем, так и их развития в контексте конкретного государства и общества.

3. Правильное определение признаков сравниваемых правовых явлений, норм, институтов и т.п., установление общественных и государственных задач, решение которых обусловило их появление и развитие.

4. Выявление степени сходства и различий юридических понятий, терминов, используемых в сопоставляемых правовых системах, актах и т.п.

5. Разработка и применение критериев оценки сходства, различий и несопоставимости правовых явлений, институтов и норм.

6. Определение результатов сравнительно-правового анализа и возможностей их использования в нормотворческой деятельности в развитии законодательства и его отраслей, в правоприменительной практике.

Критериями сравнения и оценки можно определить:

1. По субъекту, уполномоченному действовать.

2. По объему и характеру правил поведения.

3. По обеспеченности норм санкциями, стимулами и т.п.

4. По связи с другими нормами.

5. По положению акта в системе отраслевого и общего законодательства.

6. По условиям и времени принятия.

7. По эффективности, т.е. по отношению граждан и органов, и степени реализации.

При этом при сравнении простых объектов рекомендуется использовать один - два критерия, для более сложных – несколько критериев.

ЛЕКЦИЯ 3 ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО И НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА

1 Международное право и внутригосударственное право как взаимосогласованные и взаимодействующие правовые системы

2 Международное право как фактор совершенствования национального законодательства

3 Взаимодействие международных договоров и национального законодательства в правоприменительном процессе

1 Международное право и внутригосударственное право как взаимосогласованные и взаимодействующие правовые системы

Взаимодействие международного и внутригосударственного (национального) права обусловлено таким объективным по отношению к правовым категориям фактором, как взаимосвязь внешней и внутренней политики.

Существенное значение для поддержания и совершенствования такого взаимодействия имеет то обстоятельство, что государства выступают в нормотворческих процессах как создатели одновременно внутригосударственных (национально-правовых) норм и международно-правовых норм, воплощающих в первом случае их собственные, во втором — взаимосогласованные интересы. Соответственно рождаются государственные законы (равно иные нормативные акты) и межгосударственные договоры (иные источники международного права). Терминологическим выражением участия государства в создании различных по принадлежности к определенной правовой системе актов является их официальное обозначение; применительно к нашему государству — законы Республики Беларусь и международные договоры

Квалификация внутригосударственного права и международного права как самостоятельных правовых систем относится и к методам нормотворчества, и к формам

существования тех и других правовых норм, и к правоприменительной практике. Среди критериев, по которым можно провести различие между нормами международного права и нормами национального права выделяют: субъекты, предмет правового регулирования, источники, средства обеспечения норм права.

Применительно к трактовке соотношения международного и внутригосударственного права в историческом плане принято выделять два основных направления — *монистическое*, отдающее предпочтение одной из двух правовых систем, и *дуалистическое*, в рамках которого были сторонники как равной отдаленности правовых систем друг от друга, так и их взаимодействия при сохранении самостоятельности.

Дуалистическая концепция впервые проявилась в работе немецкого юриста Трипелля «Международное и внутригосударственное право». Основным тезис, которым характеризуется данная концепция: международное и внутригосударственное право это не только различные отрасли права, но и различные правовые порядки. Это два круга, которые тесно соприкасаются, но никогда не пересекаются.

Среди сторонников данной теории необходимо отметить Анцилотти и Оппенгейма. Анцилотти доказывал, что международное и внутригосударственное право действуют каждое в своей сфере, т.к. имеют самостоятельные предмет регулирования, источник и способы охраны. И т.к. нормы международного и внутригосударственного права относятся к различным правовым порядкам они не могут быть ни подчинены, ни противоречить друг другу.

Но Анцилотти не считал, что данные нормы не могут каким-либо образом взаимодействовать между собой. Он говорил о том, что существует восприятие международных норм, нормами национального права.

В целом дуалистическая концепция исходит из различия международного и внутригосударственного права. В тоже время радикальный взгляд на данную проблему встречается редко. Большинство сторонников данной теории, относя международное и внутригосударственное право к разным правовым системам, не абсолютизируют независимость каждой из них и не отрицают наличие связи между ними.

Умеренный дуализм признает возможность взаимных отсылок, которые могут содержаться в нормах обоих правовых порядков. В соответствии с теорией умеренного дуализма, международное право может юридически связывать внутригосударственный правовой порядок, при условии, что внутригосударственная правовая система признает обязательное действие норм международного права.

Монистическая концепция, сторонниками которой являются Кельзен, Федросс и др., признают единство международной и внутригосударственной правовых систем. Выделяют два вида монистической концепции:

- монистическая концепция, в рамках которой действует верховенство международного права;
- монистическая концепция с признанием верховенства внутригосударственного права.

Теория примата внутригосударственного права получила распространение в конце 19 начале 20 века в работах преимущественно немецких юристов Кауфмана, Венцеля, которая основывалась на взглядах Гегеля считавшего международное право внешне государственным. Международное право рассматривалось в данном случае как государственное право, регулирующее межгосударственные отношения.

В настоящее время среди сторонников монистической теории преобладает теория примата международного права, суть которой заключается в том, что международное право стоит над государством, образуя юридическую границу его власти.

Сейчас сформировался следующий подход в решении данной проблемы. Каждая из двух систем обладает верховенством в своей сфере, при этом имеет место их взаимодействие, их соотношение можно охарактеризовать координацией и взаимодополняемостью. Соотношение международного и национального права следует

рассматривать как взаимную связь между ними, которая характеризуется взаимодействием регулируемых ими явлений, а также взаимным влиянием этих систем в процессе создания и действия соответствующих норм. Такой подход можно охарактеризовать как современный дуализм.

Поскольку внутригосударственное и международное право, будучи автономными друг по отношению к другу системами, активно взаимодействуют, вплоть до применения международно-правовых норм в сфере внутригосударственных отношений, возникла иллюзия перехода норм одной системы в другую. Такое иллюзорное представление породило концепцию «трансформации» международно-правовых норм в национально-правовые нормы, международных договоров во внутригосударственное законодательство. Согласно этой концепции международные договоры в результате их ратификации, утверждения или просто официального опубликования «трансформируются», преобразуются во внутригосударственные законы; аналогична судьба соответствующих норм. Неприемлемость подобных умозаключений станет предельно ясной, если принять во внимание, во-первых, что трансформация означает прекращение существования «трансформируемого» предмета, явления, но международным договорам такая судьба не присуща; во-вторых, что на стадии правоприменения взаимодействие двух правовых систем, если принять данные суждения, заменяется единоличным действием правовой системы государства, «поглотившей» международные нормы; в-третьих, что традиционно в ряде отраслей национального права допускается применение норм иностранного законодательства, однако не высказывается предположение о «трансформации» и этих норм в национальное законодательство.

Принятые во многих государствах конституционные формулировки воплощают не вполне однозначные подходы к проблеме. Так, согласно ст. 25 Основного закона ФРГ 1949 г. «общие нормы международного права являются составной частью права Федерации»; согласно п. 1 ст. 28 Конституции Греции 1975 г. общепризнанные нормы международного права, а также международные договоры после их ратификации и вступления в силу «являются составной частью внутреннего греческого права»; согласно ч. 4 ст. 5 Конституции Республики Болгария 1991 г. ратифицированные, опубликованные и вступившие в силу международные договоры «являются частью внутреннего права страны. В Конституции Испании международные договоры квалифицируются как «часть ее внутреннего законодательства» (ч. 1 ст. 96). Согласно Конституции Российской Федерации «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы».

Самостоятельное юридическое положение международных принципов, норм договоров подчеркивается особым статусом при их приоритетном применении в случаях несоответствия им норм законов. Очевидно, и тексты упомянутых статей зарубежных конституций допускают — с учетом других нормативных предписаний — аналогичное толкование их соотношения с международными договорами (нормами).

2 Международное право как фактор совершенствования национального законодательства

Нормы международного права, имплементированные в национальное законодательство, регулируют отношения, которые находятся в компетенции национального права. Этот процесс называется доместикация международного права. Данное положение находит отражение в конституциях ряда государств.

Говоря о влиянии норм международного права на национальное, следует учитывать такие аспекты данного влияния, как сферы влияния, обусловленность или причины существования такого взаимодействия, формы, способы влияния, результат. Т.о.

все общественные отношения, на которые оказывает влияние международное право, можно разделить на отношения сферы публичного и частного права.

Выделяют следующие *причины влияния* международного права на национальное:

1) более высокий уровень регламентации в международном праве - регламентация ряда вопросов совместного регулирования, более прогрессивный характер международных норм;

2) признание принципа «договоры должны соблюдаться» как императивной нормы международного права.

Формы влияния международного права на национальное право:

- издание новых национальных актов, отмена устаревших в связи с существованием определенной нормы международного права;

- подтверждение в национальном законодательстве норм международного обычного права.

Принцип добросовестного выполнения международных обязательств (*pacta sunt servanda*) — один из основных принципов международного права — презюмирует согласование с этими обязательствами национальных законов и предпринимаемых государством в сфере своей внутренней компетенции мер. Позиция международного сообщества выражена в универсальном договоре — Венской конвенции о праве международных договоров — в ст. 27, имеющей заголовок «Внутреннее право и соблюдение договоров»: государство-участник какого-либо договора не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора. Эту норму, очевидно, можно трактовать и в смысле недопустимости ссылки на отсутствие во внутреннем праве соответствующих положений. Можно предположить ситуацию, когда выполнение договора не зависит от состояния внутреннего права. Но все же нормальным состоянием следует признать взаимодействие национальных и международных норм и, следовательно, согласование первых со вторыми как необходимое условие выполнения договора и как важный компонент механизма реализации договорных предписаний.

Влияние норм международного права на национальное, выражается в появлении в национальном законодательстве новых норм, изменение или прекращение действующих норм, что может быть вызвано созданием норм международного права с целью согласования внутреннего законодательства с международно-правовыми обязательствами государства. Национальное законодательство в результате должно соответствовать признанным нормам международного права и обеспечивать их осуществление.

Можно выделить следующие *способы влияния* норм международного права на национальное:

1) непосредственное действие норм международных правовых актов на основе положений Конституции. Этот способ называется *адаптацией*. При адаптации договорные положения автоматически начинают действовать в национальном праве. Нормы подобных международных правовых актов называют самоисполняемыми. Как правило, такие нормы имеют ограниченную сферу действия (применяются в случае пробелов);

2) издание специального акта, который обеспечит выполнение норм, содержащихся в международном правовом акте (*легитимация*). При легитимации внутригосударственный нормативный акт выступает в качестве трансформирующего акта;

3) издание специального акта, который воспроизводит содержание международной правовой нормы. Нормативное содержание, таким образом, приобретает новую форму. Этот способ называется *рецепцией*;

4) включение указания на необходимость применения норм международного права в национальных правовых актах (*отсылка*).

Определение способов реализации международных обязательств на национальном уровне относится к компетенции государства и закрепляется во внутригосударственном

законодательстве. При этом более эффективны трансформационные способы, которые позволяют содержанию международно-правовой нормы приобрести форму источника национального права.

В законодательстве утвердилось правило приведения его норм в соответствие с международными договорами, другими источниками международного права. Можно выделить, с одной стороны, управомочивающие нормы, согласно которым принятие законов обусловлено усмотрением компетентных государственных органов, а с другой стороны, предписывающие нормы, которыми на государство возлагаются определенным образом сформулированные обязательства.

К первому варианту относится, например, п. 1 ст. 21 Конвенции ООН по морскому праву: «Прибрежное государство может принимать в соответствии с положениями настоящей Конвенции и другими нормами международного права законы и правила, относящиеся к мирному проходу через территориальное море...»; ко второму варианту — п. 2 ст. 20 Международного пакта о гражданских и политических правах: «Всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должно быть запрещено законом».

3 Взаимодействие международных договоров и национального законодательства в правоприменительном процессе

Взаимодействие правовых систем проявляется в согласованном регулировании отношений, относящихся к совмещенному предмету регулирования. Здесь также принципиальное значение имеет разграничение понятий: *право государства* как совокупность создаваемых данным государством, его органами правовых норм и правовых актов и *право, применяемое в государстве*, как совокупность всех правовых норм, всех правовых актов, которые подлежат реализации в сфере внутригосударственных отношений и (или) могут действовать в пределах юрисдикции соответствующего государства и компетенции его органов. Второе понятие шире первого, поскольку охватывает — наряду с национальным правом (основным компонентом) применимые международные нормы, международные договоры, заключенные или признанные данным государством, а также отдельные нормы права иностранных государств в случаях, предусмотренных национальными законами или международными договорами.

Принадлежащие к различным правовым системам нормы взаимодействуют как нормативный комплекс не в статическом состоянии, а в правоприменительном процессе, причем в целях решения конкретной задачи, урегулирования конкретного правоотношения. Такие группы разносистемных норм, состыкованные в определенных ситуациях, могут быть обозначены как правоприменительные комплексы.

В практике типичными являются двусоставные правоприменительные комплексы — из норм национального законодательства и норм международных договоров. Вместе с тем получили распространение и трехсоставные правоприменительные комплексы, включающие помимо названных норм и нормы иностранного права. (например: при решении вопросов двойного гражданства; при выдачи лица для привлечения к уголовной ответственности)

В теории международного права осуществлены исследования проблем внутригосударственной реализации норм международного права, в том числе состояния и тенденций развития национально-правового механизма такой реализации. Можно классифицировать формы реализации по трем вариантам непосредственного применения:

1) самостоятельное применение норм международных договоров — без прямого участия норм национального законодательства, но не вне сферы их воздействия;

2) совместное применение норм международных договоров и «родственных» норм национального законодательства, что связано с функционированием обозначенных выше правоприменительных комплексов;

3) приоритетное применение норм международных договоров вместо норм национального законодательства при их взаимном несоответствии, т. е. в коллизионных ситуациях.

Приходится констатировать, что более приемлемой в наших законодательных актах долгое время была третья форма. Такая традиция в той или иной мере ограничивает возможности участия международно-правовых норм во внутригосударственном правоприменении. Новейшие кодексы и другие законы формулируют лишь положения о приоритетном применении правил международного договора.

Важным ориентиром и побудительным фактором в этой деятельности являются используемые в различных статьях законов отсылки к международным договорам. Прежде всего, имеются в виду ситуации, по поводу которых в самом национальном законодательстве содержатся отсылки к международным договорам, выраженные такими формулировками: «в соответствии с международными договорами»; «на основе международных договоров»; «в случаях, предусмотренных международным договором». В некоторых случаях отсылки к международным договорам имеют определяющее значение в том смысле, что с ними закон связывает применимость сформулированной в статье нормы.

Следующий вариант отсылок — предписание нормы закона о ее применении в комплексе с «родственной» нормой международного договора. Имеются в виду ситуации, когда суд, прокуратура, любой государственный орган, в компетенцию которого входит выполнение обязательств, предусмотренных тем или иным договором, при рассмотрении и решении конкретного дела должны применить одновременно, отразив это в соответствующем правоприменительном акте, как ту норму закона, которая регулирует данный вопрос с отсылкой к договору, так и ту норму договора, которая подразумевается в отсылке.

Можно отметить две связанные с этим вопросом проблемы. Как правило, закон содержит безадресную отсылку, в связи с чем правоприменителю приходится, во-первых, устанавливать наличие или отсутствие такого договора, а во-вторых, отыскивать в договоре соответствующую норму. Другая проблема обусловлена отсылочными пробелами законодательства, когда правоприменитель вынужден руководствоваться тем, что можно назвать предполагаемой отсылкой.

Иной аспект совместного применения — указание в норме международного договора на применимый в данной ситуации закон. Так, согласно договорам о правовой помощи условия заключения брака определяются для каждого из будущих супругов законодательством государства, гражданином которого он (она) является; кроме того, должны быть соблюдены требования законодательства государства, на территории которого заключается брак, в отношении препятствий к заключению брака. Этими же договорами правоприменитель обязан руководствоваться при определении дееспособности физического лица (определяется законодательством государства, гражданином которого является это лицо), при определении право- и дееспособности юридического лица (определяется законодательством государства, по законам которого оно было учреждено).

Следует отметить распространение такого метода, как принятие в связи с заключением международного договора (одновременно со вступлением его в силу, вскоре после этого, а порой и спустя длительный период его действия) специального закона или иного правового акта, определяющего порядок применения заключенного договора, регламентирующего меры по выполнению обязательств, вытекающих из этого договора для государства.

Правоприменительные действия могут осложняться тем обстоятельством, что в отдельных случаях нормы законодательства и нормы международных договоров по одному и тому же предмету регулирования отличаются друг от друга, противоречат друг другу, т. е. находятся в коллизионном состоянии.

Разрешение такой коллизии обусловлено приведением нормы закона в соответствие с нормой договора.

Но существуют и принципиально иные ситуации: 1) когда норма закона вступает в противоречие с отдельными двусторонними договорами, сохраняя согласованность с положениями общего многостороннего договора; 2) когда норма закона вступает в противоречие с международно-правовыми нормами, содержащимися только в некоторых двусторонних договорах при отсутствии единого международного регулирования (это касается договоров о режиме государственной границы с сопредельными странами, соглашений о сотрудничестве в области социального обеспечения, договоров о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам и т. д.).

В подобных ситуациях не возникает вопрос о приведении закона в соответствие с договорами, поскольку такие отдельные договоры затрагивают частные аспекты локального регулирования.

В отношении всех коллизионных ситуаций принято говорить о приоритете (примате) норм международного права.

Вполне закономерно было решено придать норме о приоритетном применении правил международных договоров конституционный статус. При толковании этой конституционной нормы надо иметь в виду четыре обстоятельства.

Во-первых, здесь, очевидно, предполагаются не всякие, а лишь те международные договоры, которые прошли процедуру ратификации.

Во-вторых, должно быть применено расширительное толкование термина «закон», охватывающее все внутригосударственные нормативные правовые акты. При ином, буквальном, понимании возможна презумпция нераспространения данной конституционной нормы на подзаконные акты.

В-третьих, следует учитывать особый статус Конституции, хотя на международно-правовом уровне каких-либо специальных норм на этот счет нет. При толковании указанных статей правомерен вывод о неподчинении Конституции принципу приоритетного применения правил международного договора в коллизионных ситуациях.

В-четвертых, может возникнуть проблема в связи с более благоприятным регулированием в законе по сравнению с договором. Ключом к верному решению может служить текст ч. 2 ст. 5 Международного пакта о гражданских и политических правах: никакое ограничение или умаление каких бы то ни было основных прав человека, признаваемых в государстве — участнике Пакта, в силу закона не допускается под тем предлогом, что в Пакте не признаются такие права или что в нем они признаются в меньшем объеме. Несколько иная редакция этой же мысли дана в ст. 41 Конвенции о правах ребенка: ничто в Конвенции не затрагивает любых положений, которые в большей степени способствуют осуществлению прав ребенка и содержатся в законе государства-участника.

Отметим, что впервые такое понимание проблемы было сформулировано на региональном уровне — в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.: «Ничто в настоящей Конвенции не может быть истолковано как ограничение или умаление любого из прав человека и основных свобод, которые могут обеспечиваться законодательством любой Высокой Договаривающейся Стороны или любым соглашением, в котором она участвует»

ЛЕКЦИЯ 4 МЕХАНИЗМ СБЛИЖЕНИЯ НАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМ

- 1.Предотвращение и разрешение юридических коллизий**
- 2.Сближение национальных законодательств**
- 3.Модельные законодательные акты**
- 4.Унификация правовых норм**

1.Предотвращение и разрешение юридических коллизий

Латинский термин «Collisio» переводится как столкновение противоположных сил, стремлений или интересов. В юридическом смысле имеется в виду расхождение между отдельными законами одного государства или противоречия законов, судебных решений различных государств.

На сегодняшний день в юридической науке не сложилось единого представления о коллизиях. М.В.Баглай называет коллизиями противоречия между нормами, С.С.Алексеев - столкновение актов в связи с их действием на той или иной территории, с компетенцией правотворческих органов и временем издания актов.

Ю.А. Тихомиров дает такое понятие юридической коллизии - это есть противоречие между существующим правовым порядком и намерениями и действиями по его изменению. Происходит своего рода соизмерение этого притязания либо с действующим правопорядком, либо с принципами права. На взгляд Ю.А. Тихомирова предлагаемое определение юридической коллизии содержит более широкое и системное понимание данного явления. Традиционная трактовка юридической коллизии как столкновения норм не исчезает, но из единственной и универсальной становится одним из аспектов понятия. Юридическая коллизия выражается:

- а) в контрастных различиях правовых взглядов и позиций, в правопонимании;
- б) в столкновении норм и актов внутри правовой системы, как в отраслевом, так и в федеративных аспектах;
- в) в неправомерных действиях внутри механизма публичной власти, между государственными и иными институтами и органами;
- г) в расхождениях между нормами иностранных законодательств;
- д) в спорах между государствами и противоречиях между нормами национального и международного права.

В понятии «коллизия» отражается прежде всего противоречие между существующими правовыми актами и институтами, правопорядком и притязаниями и действиями по их изменению, признанию или отторжению.

Например, можно заметить, как экономические взаимоотношения стран - участников СНГ быстро меняются, то сближаясь, то отдаляясь, отражая смену приоритетов, выбор более узких партнерских связей. Приходится учитывать реальные действия не только государств, их органов, хозяйствующих субъектов, но и институтов СНГ - Совета глав государств и глав правительств, функциональных комитетов, Межпарламентской ассамблеи. Актуальны поэтому процедуры и реальное осуществление Экономическим судом своих полномочий.

Данный пример помогает понять юридическую коллизию как комплексное явление. И следуя этой логике, можно вести речь прежде всего о конституции, законе и ином нормативном акте, с которым соизмеряются все действия и другие акты, документы.

Говоря о содержании юридической коллизии и давая ей определение, необходимо уделить внимание различным ее аспектам. Юридическая коллизия может проявляться в предметном плане двояким образом. С одной стороны, в собственно правовой сфере, когда ее предмет сугубо нормативен - коллизия актов, различия в правопонимании,

толковании, расхождения в применении правовых норм. С другой стороны, юридическая коллизия почти всегда "присутствует" в других противоречиях и конфликтах (межнациональные противоречия, споры в экономической, трудовой, социальной, экологической, политической, международной, семейной и иных сферах жизни общества).

Юридическая коллизия может послужить причиной, толчком к возникновению других конфликтов. Нередко она служит побочным явлением, следствием другого конфликта, когда, например, экономические противоречия между федерацией и ее субъектами сопровождаются спорами о границах компетенции, объеме бюджетных, налоговых полномочий тех или других органов. И, наконец, юридическая коллизия часто выступает как один из элементов другой коллизии. Скажем, в международных конфликтах в связи с распадом Югославии, СССР, в приграничных спорах всегда есть элементы международного, конституционного, административного права.

Все это необходимо учитывать на практике. И политикам, законодателям, предпринимателям, работникам правоохранительных органов, всем гражданам следует правильно оценивать природу противоречий, видеть пределы собственно юридических и иных действий. Таким образом, функциональная содержательность юридических коллизий должна всегда учитываться во избежание поспешных оценок и действий. Общество и государство не могут не знать о причинах, направленности и путях разрешения разнообразных юридических коллизий.

Учитывая сравнительную новизну понятия "юридическая коллизия", попытаемся сопоставить его с более привычными и распространенными. Так, понятия "правонарушение", "законность", "юридические споры" и другие давно вошли в практику и в научный оборот.

По тому смыслу, который вкладывается в рассматриваемое понятие, его можно считать родовым, базовым. Коллизия - это не только разовый акт или действие, одномоментное или одновременно совершаемое. Это и процедуры анализа и оценки актов и действий, установление своего рода "предправовой противоправности", той ее меры, которая строго еще не зафиксирована, и ей не дана юридическая квалификация. Здесь мы имеем дело с комплексом средств, норм и процедур, которые рассчитаны как бы на стадийное изучение правовой действительности и выявление противоречий, причем часто не только юридических, но и других, прямо или косвенно влияющих на юридические противоречия.

Итак, юридическая коллизия – это спорное правоотношение. Как и всякое другое правоотношение, оно имеет свой субъектный состав. Круг субъектов коллизионных правоотношений своеобразен. Вовлечение в орбиту юридических коллизий многих участников с присущими им интересами и позициями позволяет прежде всего вести речь об их разных социальных ролях.

Поэтому субъекты коллизионных правоотношений, играя разные социальные роли, наделяются и юридическими ролями, которые им надлежит исполнять. На публичной сцене - участники со своими статусами. Это - инициаторы коллизионных ситуаций, спорящие стороны, различные арбитры, посредники, наблюдатели, свидетели и "оценщики", органы с правом окончательных решений и др. Каждый участник в других ситуациях может выступать в иных ролях.

Для полноценного понимания категории юридическая коллизия необходимо ввести понятие "притязание". Оно отражает отношение и оценку субъективных прав, компетенции и законных интересов, с одной стороны, стремление иначе и даже по-новому выразить, закрепить и добиться признания своих интересов, с другой стороны.

К сказанному можно добавить и другие понятия коллизионного правоотношения.

Разногласие - расхождение интересов и мнений между политическими деятелями, органами государственной власти и их руководителями в оценках коллизионных проблем.

Коллизионная ситуация - момент или период возникновения и развития юридических коллизий между органами государственной власти и другими субъектами права.

Конфликтная ситуация - период открытого противостояния органов государственной власти, социально-политических сил и совершения ими противоправных действий.

Нарушение законности - отступление от норм законов, зафиксированное в актах или действиях органов государственной власти.

Конфликт - систематические антиконституционные действия и сопротивление органов государственной власти и иных субъектов права.

Спор - разбирательство в установленном законом порядке уполномоченным органом дела, по поводу которого имеются разногласия между органами государственной власти и иными субъектами права.

Процедура - нормативно установленный порядок действий, последовательно совершаемых органами государственной власти и иными субъектами права в коллизионных и конфликтных ситуациях.

Сопоставление норм национальных законодательств нередко приводит к выводу об их несходстве. Такой вывод может иметь характер констатации данного состояния, но может и подтолкнуть страны к преодолению таких различий и к недопущению их в будущем. Нормы сохраняются, но их пытаются "связать" между собой так, чтобы в случаях противоречий действовал юридический механизм.

Наиболее оправданным и эффективным средством являются *коллизионные нормы*, которые давно применяются в международном частном праве для разрешения коллизионных ситуаций.

Коллизионная норма отличается от традиционных норм права. В ней есть два структурных элемента — "объем" и "привязка". Объем коллизионной нормы отражает содержащееся в ней указание отношений, на которые норма распространяется. Привязка содержит указание на национальное законодательство, подлежащее применению к данному виду общественных отношений.

Коллизионная норма может содержать в привязке указание только на то, в каких пределах подлежит применению собственное законодательство данного государства. Такая коллизионная норма называется односторонней. В привязке может быть указание на общий принцип, по которому можно определить, законы какого государства подлежат применению к данному виду правоотношений с иностранным элементом. Такая коллизионная норма именуется двусторонней.

Судебная практика в порядке толкования односторонней коллизионной нормы может сделать вывод о содержащемся в ее основе коллизионном принципе двустороннего характера.

Коллизионные нормы различаются специалистами по типам привязок:

Коллизионная *привязка "личный закон"* выступает как национальный закон, или закон гражданства; закон местожительства лица, т. е. закон государства, на территории которого данное лицо считается имеющим "оседлость". Из двух разновидностей личного закона старейшим является закон домицилия. Этот принцип был заменен законом гражданства с принятием Кодекса Наполеона 1804 г. Закон гражданства закреплен в гражданских кодексах Италии, ФРГ, Бельгии, Голландии, Швеции. В странах "общего права" сохраняет значение принцип домицилия, трактовка которого в отдельных странах имеет особенности.

Привязка к *закону "национальности"* юридического лица означает, что законодательство различных стран неодинаково разрешает вопросы о том, при каких условиях вступающая в гражданско-правовые отношения организация может рассматриваться как юридическое лицо и каковы условия и объем признания за юридическими лицами гражданской правоспособности. Отсюда возникают коллизионные

вопросы "национальности" юридических лиц, так же по-разному разрешаемые в законе и практике различных стран. Законодательство, по которому определяются гражданская правосубъектность организации и содержание ее правоспособности, в континентальных странах определяется по закону места нахождения ее административного центра (правления), а в странах "общего права" — по закону места учреждения (регистрации устава) данной организации.

Коллизионный принцип "*закона местонахождения вещи*" применяется для определения, какое имущество может быть объектом вещного права, в частности права собственности. По признаку местонахождения вещи определяется также объем вещных прав, порядок их возникновения и прекращения.

Принцип "*закона, избранного лицами, совершающими сделку*", принят в коллизионном праве почти всех стран. Исходным началом для разрешения коллизионных вопросов по сделкам с иностранным элементом является воля сторон, совершающих сделку. По внешнеэкономической сделке — отмечают авторы — могут быть определены как обязательственные отношения сторон, так и последствия перехода права собственности на предмет сделки от лица, отчуждающего вещь, к приобретателю. Автономия воли сторон в отношении договорных обязательств была выражена также в Законе о международном частном праве Венгрии, в § 12—13 Закона ГДР о применении права, в § 9—12 Закона о международном частном праве Чехословакии. "Выбор закона" не обусловлен какими-либо ограничениями. Иное решение содержит Закон о международном частном праве Польши (ст. 25), предусматривающий условие, по которому стороны договора могут избрать закон, если он имеет отношение к данному обязательству.

"Автономия воли" на практике нередко используется против экономически более слабого участника сделки. Это чаще всего практикуется в так называемых договорах присоединения, которые содержат условия, изложенные в формулярах, выпускаемых страховыми обществами, транспортными организациями и другими монополистическими компаниями. Клиентура в выработке таких формуляров не участвует, ей остается лишь "присоединиться" к тому, что ей продиктовано. И специалисты, и клиенты нередко высказывают возражения против такого использования "автономии воли" в сделках потребительского характера (в особенности при купле-продаже с рассрочкой платежа).

Выделяемый принцип "*закона места совершения акта*" включает несколько разновидностей привязок:

- а) закон места совершения договора;
- б) закон места совершения сделки, определяющий ее форму;
- в) закон места совершения актов гражданского состояния последовательно применяется к форме совершения этих актов;
- г) закон места исполнения обязательства;
- д) закон страны продавца. Для внешнеэкономической купли-продажи товаров эта коллизионная привязка получила наибольшее распространение;
- е) закон места совершения правонарушения. Внутреннее право отдельных стран нередко по-разному регулирует вопросы бремени доказывания вины причинителя вреда, ответственности за случай, значение вины потерпевшего;
- ж) закон суда. Этот принцип имеет важное значение для гражданского процесса, включая арбитраж. Согласно данному принципу суд, несмотря на иностранный элемент в отношении, не применяет иностранного права для разрешения гражданско-процессуальных вопросов по делу. Применение в такого рода вопросах законодательства страны суда — общепризнанное начало.

2.Сближение национальных законодательств

В правовой сфере сотрудничающих государств и межгосударственных объединений часто возникает потребность в совместном решении общих задач и согласованных действиях. А отсюда и необходимость сближения национальных

законодательств. Процесс сближения означает: а) выработку общего курса правового развития; б) осуществление мер по преодолению правовых различий; в) принятие мер по выработке общих, совместных или единых юридических правил. Каждое из этих действий предполагает, в свою очередь, серию более конкретных и последовательных действий, связанных между собой.

Вместе с тем приходится учитывать специфику разных сфер государственной жизни и соответственно национальных законодательств, которые их регулируют. В одних сферах сближение происходит быстрее, поскольку отражает большую степень однородности регулируемых общественных отношений и их меньшую политизированность. Например, подобное явление наблюдается в сфере производственных, торговых отношений, в сфере экологии. В других сферах — в политической, социально-культурной — сближение может происходить более медленно из-за стремления государств сохранить свое национально-историческое своеобразие и обеспечить полноту выражения политических интересов и свободу действий суверенной государственной власти.

Близкие по природе, государственному строю и политическому режиму, по экономическому укладу страны проводят курс на сближение законодательств масштабно и в течение длительного времени. Их постоянное и тесное сотрудничество без этого трудно организовать и обеспечить. Другие государства определяют такой курс реже, в тех изменившихся обстоятельствах, которые их к этому побуждают.

Очевидно, что сближение национальных законодательств может быть постоянным, долговременным или ситуационным. На протяженность курсов влияют многие факторы — экономические, политические, идеологические, географические, демографические, культурологические, их неодинаковое сочетание в конкретно-исторической обстановке.

Теперь поясним применяемые понятия и термины. Пожалуй, чаще всего используется понятие "сближение законодательства". Оно означает общий курс государств на определение общих направлений согласованного развития национальных законодательств, на преодоление правовых различий и выработку общих правовых решений. Нередко наряду с этим понятием и даже взамен используется понятие "гармонизация законодательства". В документах и материалах Европейского союза оба понятия нередко применяются как равнозначные. В документах, принимаемых в рамках Совета глав государств и глав правительств Межпарламентской Ассамблеей СНГ, в договорах между государствами Содружества чаще встречается термин "сближение законодательства".

Согласованное правовое развитие государств можно рассматривать применительно к четырем основным направлениям и формам их проведения:

а) сближение законодательства, когда определяется общий курс государств в данной сфере, направления, этапы сближения, способы сближения;

б) гармонизация законодательства, когда согласовываются общие подходы, концепции развития национальных законодательств, вырабатываются общие правовые принципы и отдельные решения;

в) принятие модельных законодательных актов;

г) унификация законодательства, когда разрабатываются и вводятся в действие общеобязательные единообразные юридические нормы (правила).

Помочь в использовании обширного "правового инструментария" поможет примерный перечень юридических средств:

а) общий или распространяемый юридический режим (инвестирования, налогообложения и т. д.);

б) признаваемый равный объем прав субъектов (инвесторов, предпринимателей и т. д.);

в) единые стандарты (экологической безопасности и т. д.);

г) выравнивание уровней правового обеспечения (пенсий, пособий и т. д.);

д) признание юридических документов (дипломов об образовании и др.);

- е) введение упрощенного порядка (приобретения гражданства и т. д.);
- ж) договоры о правовом сотрудничестве;
- з) соглашения о правовой помощи;
- и) общее правовое пространство (для координации действий в сфере науки, техники, образования);
- к) равная юридическая защита субъектов;
- л) равнообязательные юридические требования;
- м) процедуры согласования правовых актов;
- н) допускаемые правовые льготы и стимулы;
- о) совместные и координируемые юридические действия;
- п) распространение санкций;
- р) общее признание международно-правовых документов (деклараций, пактов, конвенций и т. п.).

Приведем положения из материалов Европейского Сообщества и ЮНСИТРАЛ (Комиссия Организации Объединенных Наций по международному праву) по гармонизации и сближению законов, опубликованные в 1992 г. в упоминавшемся сборнике по формированию правовых основ рыночной экономики. Сначала выделяются *законодательные методы*. Они включают несколько видов актов с разным объемом и характером правового воздействия.

1. *Конвенция* предназначена для унификации права в странах-участницах, посредством установления международного обязательства, по которому они приводят свое законодательство в соответствие с положениями конвенции. Для присоединения государства к конвенции требуется его официальное заявление о желании стать участником конвенции, направляемое, как правило, ее депозитарию.

Форма конвенции может использоваться, например, когда цель процесса унификации состоит в замене правового режима, который сам по себе основывается на конвенции. Конвенция обеспечивает высокую степень единообразия законодательства участвующих государств. Конвенция в значительной мере избавляет участвующие государства от необходимости изучения законодательства друг друга, поскольку при подписании конвенции или присоединении к ней каждое государство принимает международное обязательство по обеспечению соответствия своего законодательства положениям конвенции. Некоторые конвенции позволяют государствам-участникам делать оговорки к отдельным своим нормам; оговорка дает государству возможность участвовать в конвенции без принятия на себя обязательства соблюдать положение, в отношении которого была сделана оговорка.

2. *Модельный закон* характеризуется как правовой документ, который рекомендуется государствам для принятия в качестве их национального закона. В отличие от конвенции модельный закон не требует от принимающего его государства уведомления органа, такого как депозитарий, или других государств, которые могли принять его. Кроме того, государства могут при введении модельного закона в свою правовую систему видоизменить или исключить отдельные его положения. Поэтому степень унификации и степень определенности при применении модельного закона будут более низкими, чем в случае конвенции. Однако модельное право предоставляет больше гибкости государству привести текст закона в соответствие со своими требованиями.

Применяется модельное положение для конвенции. Если несколько конвенций имеют дело с определенным вопросом, по которому, как предполагается, требуется унификация или модернизация, то может оказаться полезным принять модельное положение конвенции.

Нельзя отрицать эффект, который дают рекомендации по законопроектной работе. Ведь при необозримом правовом массиве может оказаться целесообразной не выработка единого текста, а использование рекомендации по пересмотру законодательных текстов. Такая рекомендация может предложить государству и международным организациям

пересмотреть соответствующее законодательство и конвенции, принимая во внимание принципы и цели, устанавливаемые в рекомендациях.

Особое внимание уделяется разъяснительному методу, когда может оказаться полезным составление юридического руководства, текста, который предоставляет разъяснения в отношении составления контракта, законотворческой или нормотворческой работы. Непосредственная цель юридического руководства — образовательная. Другая его цель заключается в стимулировании процессов модернизации и гармонизации договорной практики и законов.

Стороны могут воспользоваться помощью юридического руководства, в котором обсуждается ряд вопросов, лежащих в основе составления определенных типов договоров, рассматриваются различные способы решения этих вопросов, описываются смысл, преимущества и недостатки решений и рекомендуются определенные решения. Юридическое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных договоров о строительстве промышленных объектов представляет собой первый документ такого рода.

В соответствии с этим Ассамблея признала целесообразным осуществлять сближение национальных законодательств по следующим направлениям:

- статус и общие условия деятельности предприятий и иных хозяйствующих субъектов;
- правовое обеспечение общих энергетических систем и ядерной энергетики;
- правовой режим межгосударственных транспортных систем;
- условия межгосударственного движения товаров, финансовых средств и общий порядок взаимных расчетов;
- таможенные правила и тарифы;
- основные условия перемещения рабочей силы и гарантии трудовых социальных прав работников;
- условия и порядок межгосударственного информационного обмена;
- основные принципы рационального использования природных ресурсов и экологической безопасности;
- внешнеэкономическая деятельность, включая иностранные инвестиции и валютное регулирование;
- изобретения, открытия, промышленные образцы и товарные знаки.

Деятельность по сближению национальных законодательств рекомендуется основывать на общих концепциях, проводить согласованно, обеспечивая по возможности совмещение по времени принятия соответствующих актов.

С целью устранения противоречий между национальными законодательствами намечено использовать такие формы работы, как:

- рекомендательные (модельные) законодательные акты;
- взаимный обмен информацией о принятых, а в необходимых случаях и о подготавливаемых законодательных актах;
- совместное обсуждение законодательных вопросов;
- рассмотрение вопросов сближения законодательства в координационных институтах;
- научные конференции;
- рекомендации ученых о путях и способах сближения законодательства.

3. Модельные законодательные акты

В последние десятилетия возрастает удельный вес нового вида правовых актов, служащего цели правовой унификации - модельных (рекомендательных) законодательных актов, как более высокой степени унификации норм национальных законодательств. Модельный закон есть законодательный акт рекомендательного характера, содержащий типовые нормы и дающий нормативную ориентацию для законодательства. Он не

является обязательным для законодательных органов и служит для них нормативно-ориентирующим стандартом. Модельные законы различаются по видам: одни принимаются законодательным органом федерации для ее субъектов, другие — межгосударственным объединением для государств-членов, третьи — международными организациями в качестве правового образца, четвертые — разрабатываются учеными-юристами и специалистами и носят доктринальный характер.

Модельные законы непосредственно "впитывают" в себя принципы, нормы международного права, "переводя" их в национальные законодательные акты.

Такая модификация облегчается тем, что немалая часть международно-правовых документов структурируется ныне по объектам регулирования и в формах, весьма близких к актам внутреннего права. Например, Конвенция о свободе ассоциации и защите права на организацию, Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, Конвенция о трудовых отношениях на государственной службе, Основные принципы независимости судебных органов, Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, Европейская хартия о местном самоуправлении (в ст. 2 сделана отсылка к конституциям и законам государств).

Модельные законы отличаются, как отмечалось, по субъекту их принятия: чаще всего это межпарламентские ассамблеи. Им свойствен рекомендательный характер, не исключающий императивных норм, признаваемых в порядке добровольных самообязательств. Содержание модельных актов — двоякое, поскольку они могут содержать либо нормативную концепцию и общие принципы регулирования в той или иной сфере, нормы-дефиниции, либо быть четко структурированным правовым актом, выступающим в качестве нормативного образца, модели для "дочерних" актов национального законодательства (с широким выбором правовых альтернатив).

Т.о. модельные законы получают силу в границах того или иного государственного образования после принятия, признания и одобрения их — в любом объеме — национальным парламентом.

Другая разновидность модельных законодательных актов возникает в рамках межпарламентских объединений. Примером такого сотрудничества может служить Межпарламентская Ассамблея государств — участников СНГ как консультативный институт для обсуждения вопросов и рассмотрения проектов документов, представляющих общий интерес.

Признано, что под модельным законодательным актом целесообразно понимать типовой законодательный акт, принимаемый институтами Содружества Независимых Государств в сфере их общих интересов, имеющий рекомендательный характер и направляемый парламентам государств — участников Содружества Независимых Государств для использования в их законодательной деятельности. Возможны следующие виды модельных законодательных актов: общие принципы; основные начала; примерный закон; модель кодекса; основные условия; основные положения. Подчеркивается, что модельные законодательные акты целесообразно готовить с учетом норм международного права, актов государственных и международных организаций.

В Регламенте Ассамблеи урегулированы процедуры рассмотрения рекомендательных законодательных актов. В ст.14 установлен общий порядок их обсуждения и принятия. Решения Межпарламентской Ассамблеи по обсужденным вопросам принимаются на основе общего согласия (консенсуса). Под консенсусом понимается отсутствие любого официального возражения делегаций, присутствующих на заседании и принимающих участие в обсуждении данного вопроса.

Рекомендации, предложения и иные решения, принимаемые Межпарламентской Ассамблеей, в необходимых случаях направляются Совету глав государств и Совету глав правительств. Рекомендательные законодательные акты направляются для рассмотрения парламентам участников Соглашения.

В ст. 15 дается определение рекомендательного законодательного акта как примерного законодательного акта, принимаемого Ассамблеей для ориентации согласованной законодательной деятельности сторон.

Проекты рекомендательных законодательных актов по решению Межпарламентской Ассамблеи предварительно рассматриваются ее комиссиями. После одобрения соответствующей комиссией или комиссиями по их инициативе председатель Совета Ассамблеи вносит в проект повестки дня пленарного заседания пункт о рассмотрении и принятии данного акта.

Интересны в этом аспекте и акты международных межпарламентских институтов. Так, Межпарламентский союз принимает решения в форме рекомендаций, однако они оказывают определенное влияние на мировую общественность. Парламентская Ассамблея Совета Европы принимает решения в форме рекомендаций правительствам (простым большинством голосов), резолюции, конвенции (носят обязательный характер для тех государств, которые их ратифицировали), заключения, указания подчиненным органам.

Союз африканских парламентов принимает решения, рекомендации, резолюции, обращения и другие документы, Андский парламент — резолюции по наиболее острым для латиноамериканских стран проблемам, которые трактуются с позиций субрегиональной и региональной солидарности, носят рекомендательный характер для национальных парламентов.

Межпарламентская организация Ассоциации государств Юго-Восточной Азии принимает резолюции по отдельным вопросам. Они носят как обязательный, так и рекомендательный характер.

Возрастающее влияние международных организаций со всей очевидностью ведет к принятию ими актов, которые можно отнести к модельным законодательным актам. Почему? Чаще всего это специализированные нормативно-структурированные правила, которые легко воспринимаются как часть действующего национального права либо без труда преобразуются в законодательные и иные акты. Правда, процесс трансформации непрост и нередко деформируется или упрощается, что требует серьезного внимания и оценки.

Анализ модельных законодательных актов позволяет сделать некоторые общие выводы:

- такие акты играют все более заметную роль в процессе сближения внутреннего и международного права, с одной стороны, способствуют сближению национальных законодательств — с другой;

- модельные законодательные акты различаются по содержанию, форме, по субъектам принятия. Эти особенности необходимо учитывать применительно к разным государственным и межгосударственным образованиям;

- модельные законы предполагают специфические процедуры подготовки, рассмотрения и одобрения (принятия).

Несомненно, модельные законодательные акты являются перспективной формой правотворчества, и ее следует активно использовать в процессе развития и совершенствования законодательства.

4. Унификация правовых норм

Разнообразие норм национальных законодательств, затрудняющее сотрудничество государств, побуждает обращаться к специальным способам их сближения. Имеются в виду унифицированные правовые нормы, которые либо единообразно регулируют общественные отношения взамен несопадающих норм национальных законодательств, либо создают основу для нахождения их общности. Единообразное правовое регулирование отношений, как между государствами, так и внутри них способствует повышению его эффективности и предотвращению юридических коллизий. Лучше

налаживаются прямые правовые связи, обеспечивается равная правовая защита участников этих отношений.

Правовая унификация может иметь несколько разновидностей.

Во-первых, она различается по своим целям и масштабам, охватывая либо приграничные государства, либо государства одного региона, либо государства в рамках межгосударственных объединений. Универсальная унификация распространяется на все или многие государства мирового сообщества.

Во-вторых, по своему предмету унификация может быть материальной, касаясь единообразного регулирования прав и обязанностей участников отношений (гражданских, трудовых, семейных и др.), и процессуальной, связанной с введением единых правил рассмотрения в судах и внешнеторговых арбитражах споров с иностранным элементом.

В-третьих, унификация права может проводиться в разных формах — путем заключения международных договоров, принятия модельных рекомендательных законодательных актов, применения примерных договоров международных организаций, использования международных обычаев.

Унифицированные нормы международных договоров являются органической частью таких договоров и требуют для своей реализации особой процедуры. Для признания их в качестве обязательных на территории государств требуется подписание, ратификация, одобрение и присоединение. Нужна процедура включения унифицированных норм в правовую систему государства, т. е. их трансформация. Это включение выражается в непосредственном "переводе" норм в структуру национально-правовых актов, в использовании принципов и институтов, которые определяют содержание того или иного массива национально-правовых норм, в своеобразном "расплавлении" в целом ряде национальных норм, прямой отсылке к унифицированным нормам для их действия на территории государства.

Выбор способа унификации норм отражается и на форме акта — единого унифицированного или смешанного (модельного), содержащего унифицированные нормы. Унифицированные нормы содержатся в многочисленных многосторонних конвенциях. Например, в конвенциях о гражданстве содержатся единые нормы, отрицающие двойное гражданство, ограничивающие случаи множественности гражданства и т. п. Но эти нормы не связывают жестко законодательство и судебную практику суверенных государств.

Европейская система права является одной из уникальных систем наднационального регулирования. Данная система позволяет принимать акты, которые в той или иной степени распространяют свое действие на множество стран, входящих в Европейский Союз. Основой деятельности европейской системы права является унификация правовых норм. Унификация права — это принятие единообразного регулирования и применение схожих норм права к европейским странам.

Юридическая сила актов Европейского Союза. Европейские институты могут принимать юридически обязательные положения (regulation), директивы (directives) и решения (decisions). Выбор юридического акта зависит от юридического основания и ожидаемой юридической силы подобного документа.

Положение является обязательным документом, и каждая его норма обязательна для выполнения и применения государством Европейского Союза. В этом положение отличается от директивы, которая является обязательной в том смысле, что должен достигаться результат, который предусмотрен в директиве, однако, в странах могут различаться пути достижения данного результата. Положение применяется напрямую во всех странах Европейского Союза. Таким образом, положение после его принятия становится неотъемлемой частью национального законодательства европейских государств и обязательным для всех граждан и юридических лиц в данном государстве. Преимущества положения заключаются в том, что его применение не зависит от того, будут ли осуществляться какие-либо меры по введению норм положения в местное

законодательство; положения действуют автоматически. Такое всеобъемлющее и автоматическое действие положений может рассматриваться как положительный фактор, так как при этом избегаются риски возникновения различий в применении норм положений в разных странах. Стандартизованное применение положений во всем Европейском Союзе также обеспечивает Европейский Суд Правосудия (Court of Justice of the European Union).

Директива устанавливает определенные требования и результаты, которые должны быть достигнутыми европейскими государствами. Директива не может прямо применяться в странах Европейского Союза. Для того, чтобы директива применялась, правительства должны внедрить нормы директив в местное законодательство. На практике европейские государства обычно либо копируют нормы директивы в свое законодательство, либо принимают акт, согласно которому нормы директивы должны применяться в стране. Контроль над введением требований директивы в местное законодательство осуществляет Европейская Комиссия. Европейская Комиссия имеет право, в том числе, обращаться в Европейский Суд Правосудия, если имеются доказательства того, что применение директивы было осуществлено государством неправильно. Европейский Суд Правосудия может наложить соответствующие финансовые санкции за такие нарушения на государство.

Таким образом, в отличие от положений, директива является обязательной только в отношении государств; директива прямо не создает права и обязанности для физических и юридических лиц. Из совокупности этих двух факторов Европейский Суд Правосудия установил следующую судебную практику относительно принципов применения директив:

возможность для физических лиц ссылаться и основываться на директиве в судебных делах, если страна-участник Европейского Союза не имплементировала нормы директивы в свое законодательство в установленное для этого время;

государство не может основывать свою защиту против физического лица на директиве, так как директива прямо не создает обязательств для физических лиц;

нормы директивы не возможно использовать в споре между физическими и юридическими лицами.

Решения, принимаемые в Европейском Союзе, не предназначены для того, чтобы создавать общие обязательства. Решения не представляют собой законодательство. Цель решений — разрешить определенную ситуацию. В решении напрямую указывается, кому они предназначены. Например, одному или нескольким государствам или юридическим лицам. Все нормы решения обязательны для того, кому они предназначаются.

Основы унификации. Различают несколько основных классификаций унификации законодательства в рамках Европейского Союза: максимальная и минимальная унификация; исчерпывающая и лимитированная унификация; горизонтальная и вертикальная унификация; детальная и рамочная унификация.

Нормативные акты, принимаемые в рамках Европейского Союза, могут содержать как требования к максимальной унификации, так и требования к минимальной унификации.

Максимальная унификация означает, что страны должны применять нормативные акты в полной мере. Страны Европейского Союза не могут принимать национальные нормы, которые будут или более строгими, или более мягкими по сравнению с нормами, установленными на уровне Европейского Союза.

Минимальная унификация означает, что нормативные акты Европейского Союза устанавливают только нижний порог требований. Члены Европейского Союза имеют право принимать более строгие нормы права на уровне своего государства. Например, предоставлять большую защиту прав потребителей.

Различить, требует ли тот или иной акт максимальной или минимальной унификации можно в зависимости от содержания и формулировок такого акта. Например,

если в акте содержится положение о том, что страна может установить более строгие требования, чем установлены в настоящем документе, это означает, что в данном случае имеет место минимальная унификация. Факт же включения в акт положений о том, что местное законодательство не может устанавливать иные нормы, чем закреплены в акте, означает, что речь идет о максимальной унификации.

Может также различаться объем унификации. Например, унификация может быть исчерпывающей, когда она покрывает все аспекты данной проблемы, или лимитированной, когда она касается только определенных вопросов данной проблемы. Обычно при лимитированной унификации затрагиваются только те вопросы, которые необходимы для развития единого европейского рынка.

Унификация может быть *горизонтальной*, покрывающей вопросы по нескольким секторам, или *вертикальной*, когда вопросы касаются только одного сектора.

Унификация может быть *детальной или рамочной*. В последнем случае унификация устанавливает только основные принципы. При рамочной унификации страны могут принимать законодательство, которое будет детализировать применение принципов в отдельной конкретной стране.

ЛЕКЦИЯ 5 ПРОБЛЕМЫ ПОНИМАНИЯ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

1 Понятие и основные черты источника и формы права

2 Проблемы классификации источников права

3 Юридическая практика как источник права

1 Понятие и основные черты источника и формы права

Понятие «источник права» является одним из самых дискуссионных в юридической науке.

Специальное и самостоятельное изучение проблем источников права (понятие, виды, соотношение между собой и т.д.) начинается не ранее XIX в. До этого различные аспекты источников права рассматривались, но происходило это обычно в рамках иных юридических проблем – понятия права, применения и толкования права и т.д. (Платон, Аристотель, Цицерон, римские юристы, Г. Гроций, Ш.Л. Монтескье, Ч. Беккариа и др.).

Определение понятия «источник права» в формально-юридическом смысле вызывает наибольшие трудности. Обычно в этом значении под источником права понимаются формы выражения государственной воли, формы выражения правовых норм, т.е. наблюдается отождествление понятий форма и источник права.

Попытки конкретизировать понятие «источник права» через понятие «формы» предпринимались неоднократно, но разделяются не всеми авторами. В 60-е гг. XX в. предпринимались попытки отказаться от употребления термина «источник права», заменив его на понятие «форма права». Но они не увенчались успехом и термин «источник права» продолжал и продолжает использоваться в отраслевых юридических науках.

В юридической литературе в части соотношения терминов «форма права» и «источник права» сложились следующие позиции:

1) отождествление формы и источника:

а) полное отождествление (М.И. Байтин, С.Ф. Кечекьян, Н.М. Коркунов, В.М. Хвостов и др.);

б) уравнивание понятий с целью замены одного термина другим (Н.Л. Дювенуа, Г.Ф. Шершеневич и др.);

- 2) разделение понятий в разных вариантах, при этом:
 - а) один из смыслов понятия источник совпадает с формой (Т.В. Гурова, М.Н. Марченко и др.);
 - б) одно из значений формы уравнивается с источником (С.Л. Зивс, Б.В. Шейндлин и др.);
- 3) полное разделение понятий без пересечения при наличии других дополнительных терминов, служащих сопоставлению формы и содержания (В.О. Лучин, А.В. Мазуров и др.).

Действительно, все формы права являются источниками, но не каждый источник права приобретает качества официальной формы права! Для того чтобы источник права приобрел свойства государственной обязательности и всеобщности, необходимо его официальное признание, т. е. санкционирование органами правотворческой власти. Другими словами, источники права изначально стремятся приобрести статус официальной формы права, но в силу объективных причин (особенности правовой системы) они не всегда трансформируются в формально закрепленные носители правовой материи. Что же касается форм права, то они, будучи официальными способами и средствами возведения в закон государственной воли, всегда «источают» из себя правовую энергию и, следовательно, изначально формируются как источники правовых норм.

Особенно часто, применительно к праву, ставится вопрос о его внешней и внутренней форме. Если внешняя форма обычно и называется источником права, то под внутренней формой правовой нормы понимаются способы образования и систематизации права. Некоторыми авторами предлагается использовать уточняющие термины в связи с понятием «форма права», употребляемым в рассматриваемом аспекте. Например, формы закрепления права. Но соотношением понятий «источник права» и «форма права» терминологические споры не заканчиваются. Даже при их совпадении не ясным остается сам смысл, вкладываемый в категорию «источник права» или «форма права».

Одни авторы подразумевают под ним нормотворческую деятельность государства («источник права – это способ выражения воле государственной воли, юридических правил поведения»), другие – результат этой деятельности (различные нормативные акты, законы, декреты, подзаконные акты, прецеденты и т.д.; «источником трудового права называется Закон и иной нормативно-правовой акт, содержащий нормы этой отрасли») третьи – и то и другое («форма права – это внешнее выражение нормативно-правовых предписаний, связанное с их закреплением в определенных, официально признанных актах», «это исходящие от государства или признаваемые им официально документальные способы выражения и закрепления норм права, придания им юридического, общеобязательного значения»).

Однако следует обратить внимание на тот факт, что, по справедливому замечанию некоторых юристов, источником права становится лишь формально объективированная деятельность, т.е. правотворческий акт.

Необходимо отметить, во-первых, что одни и те же акты могут приниматься разными путями (например, принятие закона парламентом и путем референдума), а, во-вторых, в правотворческой деятельности сначала моделируется желаемый результат, а затем подбирается соответствующая процедура для его достижения. В этой связи представление об источнике (форме) права как о результате правотворческой деятельности выглядит наиболее обоснованным. Таким образом, налицо неоднозначность термина «источник права», необходимость его уточнения либо с помощью вспомогательных понятий, либо определив заранее круг его использования, либо необходимо отказаться от его применения, заменив на более конкретный.

Распространенным в юридической науке является представление о трех аспектах термина «источник права»: источник права в материальном смысле, источник права в идеологическом смысле и источник права в формально юридическом смысле.

Выделяют также естественные источники права (их существование обусловлено влиянием на процесс правообразования, и отчасти правотворчества, географических, климатических, биологических и иных факторов) и источники права социальные, представляющие собой совокупность социального, политического, идеологического, культурологического и других факторов.

Под источником права в *материальном смысле* понимаются экономические отношения, детерминирующие государственно-правовое развитие. Экономические отношения представляют собой базис. Государство и право относятся к надстроечным элементам. Любые изменения, касающиеся базиса, влекут за собой их трансформацию. Способ производства материальной жизни обуславливает социальный, политический и духовный процессы. Наиболее полно эти взгляды изложены в марксистском учении. Бесспорным признается влияние экономических факторов на процесс правообразования и в настоящее время.

Под источником права в *идеологическом смысле* понимаются различные правовые учения и доктрины, а также правосознание. Следует отметить, что как имеющийся правовой массив влияет на развитие научных школ, так и учения о праве корректируют процесс его создания и дальнейшей эволюции. Что касается правосознания, то здесь в первую очередь следует вести речь о правосознании законодателя, лиц, вырабатывающих правовые нормы, так как взгляды их находят отражение в принимаемых актах.

Все вышеизложенное позволяет нам сделать следующие выводы и сформулировать определение понятия «источник права» в формально-юридическом смысле.

Под источником права следует понимать выражение государственной воли в определенной форме, обусловленной существом регулируемых правоотношений, предпочтительной для правовой системы конкретного государства.

Под *источником права в юридической науке* принято понимать официально принятые в данном государстве способы и формы возведения в закон государственной воли, рассчитанной на неоднократное применение. Думается, что это определение, акцентирующее внимание на способах и формах внешнего выражения государственной воли, достаточно точно раскрывает процесс и результаты правотворчества. «Способы возведения в закон государственной воли» показывают многообразие и социальную обусловленность правотворчества, а «формы» раскрывают его воплощение и закрепление в системе юридических документов, выступающих носителями, «резервуарами» правовых норм. Предложенное понимание источника права не противоречит его определению как внешней формы объективизации, выражения права или закрепления нормативной государственной воли. Оно позволяет акцентировать внимание на правотворческом характере источника права и юридическом выражении его в системе официальных документов. Все это позволяет выделить и подвергнуть анализу основные признаки источника права. К ним относятся:

- а) правотворческая значимость источника права;
- б) содержание в виде юридически оформленной государственной воли;
- в) государственная обязательность и гарантированность;
- г) особая юридическая форма;
- д) установление основ, начал правового регулирования в определенных сферах общественной жизни.

Правотворческое значение источника права определяется тем, что он либо создается в процессе специальной правотворческой деятельности, либо его практическое значение выражается в установлении норм права, созданных в особом порядке. В первом случае источники права в виде нормативных актов, договоров проходят особую процедуру разработки и принятия, наделяются при этом официальной юридической силой, производной от компетенции субъектов правотворчества. Правотворческая работа здесь осуществляется целенаправленно, особыми органами и в особом порядке. Результатом правотворчества является установление, изменение или отмена каких-либо

правовых норм. Именно в этом смысле Н.Г. Александров называл источником права «вид деятельности государства, заключающийся в установлении юридических норм или в признании юридическими иных социальных норм»

Показателем правотворческого характера источника права является также использование приемов и средств законодательной техники, обеспечивающей разработку и формулирование норм права.

Во втором случае правовая доктрина, обычаи, юридическая практика, религиозные догматы могут приобретать правотворческое значение после их санкционирования органами государственной власти. В науке выделяется несколько *способов санкционирования социальных норм*: законодательный, правоприменительный, ведомственный, прямой и опосредованный, «молчаливый» и т. д.

Основной же смысл государственного санкционирования норм, созданных субъектами, не обладающими правотворческими полномочиями, состоит в том, что в результате этого происходит «возведение в закон», то есть наделение юридической силой правил общественного поведения, которые до этого не обладали свойством государственной обязательности.

«Закрепление» правовых норм в источниках права сопровождается их юридической формализацией, использованием средств законодательной техники и официальным характером самой деятельности по формулированию их содержания и внешней формы. Оно осуществляется путем государственного санкционирования или правотворческой деятельности и внешне воплощается в специальном наименовании источника права: закон, кодекс, указ, постановление и т. д. По своей сути, факт закрепления правовых норм в определенных источниках означает наделение их юридической силой и статусом официального документа, служащего нормативной основой для регулирования общественных отношений.

Особым правотворческим характером могут обладать такие явления юридической практики, как правоположение, прецедент, деловое обыкновение, которые санкционируются в качестве общеобязательных высшими правоприменительными органами и «молчаливо» признаются легитимными со стороны субъектов конституционного контроля и законодательных органов. Они приобретают правотворческий статус не за счет процедуры их создания или компетенции субъектов, а в результате фактического выполнения функций источников права, основанного на общеизвестности, авторитетности, практической и юридической значимости. В целом же правотворческое значение источника права определяется его содержанием, раскрывающемся в нормативных велениях общего характера, рассчитанных на неоднократное применение и опирающихся на авторитет власти и государственное принуждение.

В связи с этим в правовой науке принято выделять такие признаки правотворческой значимости источников права, как: неконкретность адресата; возможность неоднократного применения; сохранение действия предписания независимо от его исполнения.

Источник права есть официальная форма выражения и закрепления государственной воли. Государственная воля, воплощенная в системе источников права, имеет свое социальное и юридическое содержание. Важным признаком источника права является его государственная обязательность и гарантированность. Источники права характеризуются специфической формой своего выражения.

2 Проблемы классификации источников права

Проблема классификации источников права достаточно сложна и находится в состоянии длящейся много лет дискуссии. Общее состояние этой дискуссии определяется тем, что сам термин «источник права» употребляется как родовое и чрезвычайно емкое

понятие, имеющее множество смыслов: источник в материальном, социальном, идеологическом, формальном и т. д. смысле.

Под источником права принято понимать истоки права, силу его создающую, а также формы и способы закрепления и внешнего выражения правовых норм. Однако ряд авторов связывает понятие источник права с его узким значением и употребляет только в смысле силы, создающей право, то есть в качестве правообразующих факторов или же только в виде внешних форм и способов объективизации, выражения правовых норм

Понятие «источник права», на наш взгляд, в большей мере раскрывает социальную обусловленность правовых норм, их жизненные истоки и реальное многообразие форм выражения государственной и иной официальной воли, получившей государственное санкционирование. Поэтому представляется более предпочтительной идея о наличии собственного специфического смысла как у термина «источник права», так и у термина «форма права».

Итак, источник права как понятие не замыкается на формально установленных государством официальных правовых актах, служащих юридическим средством выражения и закрепления норм (законы и подзаконные акты), но, наряду с этим, раскрывает социальные истоки права, его предопределенность многообразием условий социальной жизни.

Понимание источника права в *материальном смысле* выглядит наиболее сложным и емким. В качестве источника здесь рассматривается сила, создающая право, вызывающая его к жизни, материальные условия жизни общества, его система экономических отношений. Однако при таком подходе обнаруживаются противоречия между двумя факторами создания права: правотворческой деятельностью органов государства как организационной и политической силой правотворчества и материальными условиями общества, влияющими на правосозидательные процессы не прямо, а опосредованно. Органы государственной власти, безусловно, являются решающим источником формирования и формулирования права в своей правотворческой работе.

В основе материальных условий жизни общества лежат человеческие потребности и интересы, представляющие собой полиструктурный сплав экономической, политической, идеологической, национальной и прочей заинтересованности людей. И выделить сугубо материальные отношения в чистом виде как особый источник права не всегда представляется возможным. Отсюда, думается, так называемый «источник права в материальном смысле» есть лишь особая разновидность социальных источников права, стоящий в одном ряду с другими факторами правообразования.

Под источником права в *идеальном, или идеологическом, смысле* понимается правосознание как идейная и интеллектуальная почва формирования знаний о праве и закономерностях правотворческой деятельности. Правосознание в виде системы идей, взглядов, теорий, чувств, эмоций и настроений по поводу права, его природы и социального назначения в своей идеологической части формирует человеческие представления о действующем и желательном праве и управляет деятельностью людей в сфере правотворчества. Оно на индивидуальном, групповом и общесоциальном уровнях обслуживает процессы формирования государственной воли, обосновывая и аргументируя идейное содержание и цели источников права. Но, будучи по своей природе социально-правовым явлением, правосознание относится к числу особых социальных факторов правообразования.

Под источником права в *познавательном смысле* понимаются документы и материалы подготовки проектов конкретных форм права, которые способны пролить свет на мотивы, причины, условия, в которых разрабатывался и вводился в действие тот или иной закон, кодекс, указ и т. д. Здесь используется историко-политический способ толкования права, основывающийся на привлечении различных письменных документов,

позволяющих исследователю лучше познать дух эпохи, в которой создавался конкретный источник права.

Источники права в формальном смысле совпадают с понятием формы права. Они есть официально признанные в данном государстве формы выражения и закрепления правовых норм. Именно в этом значении наблюдается тождественность понятий источник права и форма права, что дает основание многим авторам усматривать в форме права специальный, юридический или формальный смысл термина «источник права»

Как отмечал Л.С. Галесник, «то, что в юридической науке условно именуется источниками права, в действительности есть только формы, способы закрепления и выражения юридических норм»

Итак, выделение источников права в материальном, идеологическом, познавательном смыслах имеет определенную исследовательскую ценность, но вместе с тем является излишне условным и недостаточно точным. Оно, думается, в значительной степени поглощается и может быть заменено более логичным и научно строгим делением всех источников права на формальные, или юридические, и социальные. Данное деление основывается на различии двух основных факторов и способов формирования права:

1. Целенаправленное возникновение правовых норм в результате деятельности специально уполномоченных на это государственных правотворческих органов, которые в пределах своей компетенции осуществляют правотворческие функции.

2. Спонтанное формирование правовых норм под влиянием факторов, процессов и явлений общественной жизни. Их действие относительно незаметно, а сам момент «рождения» нормы не всегда рационально осознается. И как то или иное явление общественной жизни повлияло на содержание соответствующей правовой нормы, как правило, может быть понято в ретроспективе, по прошествии значительного времени.

Источники права.

1) Социальные источники права: экономика, политика, социальная структура общества, идеология, нравственность, психология.

2) Легальные источники права (юридические источники или формы права): народ, органы государства, должностные лица, общественные объединения: установленные государством или санкционированные государством.

Критерием первичного деления всех источников права на социальные и легальные выступают субъекты и способы их издания и формирования, т. е. вопрос о том: как и откуда возникают источники права.

Как уже отмечалось, социальные источники есть объективно сложившиеся в данном обществе в различных сферах социальной жизни факторы правообразования, которые спонтанно обуславливают правотворческую деятельность субъектов, привнося и воплощая в содержание правовых норм экономические, политические, групповые и прочие интересы людей.

Легальные источники права — это действующие в пределах правотворческой компетенции субъекты, разрабатывающие и вводящие в действие юридические источники или формы права. От легальных источников права, таким образом, можно перейти к источникам юридическим, которые в отечественной юриспруденции традиционно именуется формами права.

Юридические источники права представляют собой официально установленные в виде определенных документов формы выражения и закрепления правовых норм. Это продукты правотворческой работы уполномоченных на это субъектов, признаваемые в данном государстве нормоустанавливающими и обязательными для регулирования общественных отношений. К ним относятся: нормативные акты, правовые обычаи,

нормативные договоры, правовые акты общественных объединений, юридическая практика, правовая доктрина, религиозные нормы.

Юридические источники или формы права:

1. Формы права, установленные государством: нормативные акты - законы, подзаконные акты.
2. Формы права, санкционированные государством: правовые обычаи, нормативные договоры, акты общественных объединений, юридическая практика, правовая доктрина, религиозные нормы.

Понятие «формы права, установленные государством» означает, что данные источники права исходят от государства, устанавливаются его властными структурами и выражают непосредственную государственную волю.

Понятие «формы права, санкционированные государством» означает систему источников, которые приобрели юридическую силу и правотворческую значимость с согласия органа государства. «Санкционирование» следует понимать как выражение согласия, утверждение, наделение юридической силой какого-либо правила или акта. Формы права, которые санкционируются государством, достаточно многообразны, что отражает возможность участия в процессах правообразования, помимо государства, иных субъектов, а также тенденцию спонтанного нормотворчества, рожденного потребностями общественной жизни.

Это исключительно гибкая и социально-чувствительная система правового регулирования, которая, в отличие от нормативных актов государства, обладает свойствами быстро «подстраиваться» под изменившиеся потребности общественной жизни. Санкционированные источники права, конечно же, существуют и действуют под контролем органов государства. Они выражают как бы «вторичный», или «опосредованный», характер государственной воли, выраженной в виде официального утверждения каких-либо норм или актов, разработанных негосударственными субъектами (акты общественных объединений, нормативные договоры, религиозные нормы), либо с молчаливого согласия и одобрения обычаев, деловых обыкновений, прецедентов. Данные источники права дополняют и развивают основные начала нормативного регулирования, установленные системой нормативных актов государства, выражая и подчеркивая ту очевидную мысль, что государство не может и не должно быть инициатором и творцом абсолютно всех форм права.

В зависимости от юридической силы и практической значимости все источники права делятся на *основные и вспомогательные*. Так, А.Ф. Шебанов, разделяя систему нормативных актов на основные и вспомогательные, исходит из того, что первые содержат в себе нормы права, а вторые, являясь нормативными по своему характеру, тем не менее правовых норм не содержат. К вспомогательным нормативным актам он относит юридические доктрины, утверждающие, разъясняющие, излагающие содержание основных, акты-поручения другим органам издать нормативный акт, перечни актов, утративших силу, или перечни измененных статей источника права без изложения их содержания.

Речь также идет о значении правоположений, прецедентов, деловых обыкновений, актов официального толкования, порожденных правоприменительной деятельностью и обслуживающих процессы реализации основных нормативных актов органов государства. Они помогают правоприменительным органам правильно квалифицировать общественные отношения, являющиеся предметом правоприменения, в режиме сочетания законности и справедливости рассмотреть и разрешить юридическое дело, и в этой связи их можно называть вспомогательными источниками права.

Следующей недостаточно исследованной в науке классификацией источников права является их подразделение на *традиционные и нетрадиционные*. Вместе с тем в

науке отмечается, что традиция в праве характеризуется такими признаками как: устойчивость, неизменность, стабильность, повторяемость и характерность. Нетрадиционные источники права это не просто все формы права, которые санкционируются государством, а те из них, которые молчаливо признаются им в качестве возможных дополнительных регуляторов в сфере права. Государство «терпит» их присутствие в силу понимания закономерного характера их возникновения и полезной роли в тех областях социального регулирования, где жесткое государственное регулирование нецелесообразно. Поэтому нетрадиционные источники права могут быть представлены правовыми обычаями, судебной практикой, правовой доктриной (научно-практические комментарии к кодексам), некоторыми видами нормативных договоров в сфере частного права.

3 Юридическая практика как источник права

Обновление действующего законодательства, формирование новых правотворческих и правоприменительных производств и, как следствие этого, издание новых правовых актов способствовали усложнению явлений мира юридической практики, ее отдельных видов и форм выражения в общественной жизни. Между тем научное познание юридической практики, несмотря на ряд теоретических дискуссий, продолжает концентрировать внимание либо на ее общем понятии, либо на значении в качестве особого источника права.

При этом следует сразу оговорить, что под юридической практикой в данном случае понимается преимущественно правоприменительная и праворазъяснительная практика, ибо правотворческая деятельность изначально призвана создавать источники права и ее структурные элементы имеют заранее заданную юридическую природу.

Правоприменение выступает всеобщей и универсальной формой, в рамках которой складывается и развивается судебная и административная юридическая практика. Его можно рассматривать и в качестве особого организационно-правового способа реализации правовых норм. Объединяя и фокусируя в себе все невластные формы правореализации (соблюдение, исполнение, использование), оно, будучи разновидностью управленческой работы специальных субъектов, способствует формированию основных форм и направлений юридической практики. При этом ее формирование можно рассматривать как своеобразный «побочный продукт» властной деятельности должностных лиц, формируемый параллельно с основной работой в виде рассмотрения и разрешения юридических дел в порядке юрисдикционного, исполнительно-разрешительного и поощрительного правоприменения.

По-видимому в структуре юридической практики следует выделять несколько пластов ее содержания: повседневную текущую практику издания индивидуальных правовых предписаний по конкретным юридическим делам; обобщенный опыт интерпретационной и правоконкретизирующей деятельности в виде прецедентов и правоположений; организационно-методические правила и рекомендации руководящего характера, а также практику органов судебного контроля или так называемую практику правотворческого толкования.

Аналогично С.С. Алексеев выделяет три основные формы юридической практики: текущую, прецедентную и руководящую.

Первый пласт юридической практики в виде реальной повседневной деятельности по рассмотрению и разрешению юридических дел составляет практику первого порядка. Здесь лишь намечаются некоторые тенденции правоприменения. Будучи конкретным выражением опыта и правовой культуры служебной деятельности должностных лиц, вся совокупность рассматриваемых юридических дел не только создает основу, почву будущих правоположений и тенденций правоприменения, но и сама является отражением обратного влияния объективно сложившейся практики правоприменения.

Второй пласт юридической практики выглядит наиболее сложным и многоструктурным явлением правоприменительного опыта. В числе основных элементов содержания «второго этажа» правоприменительной практики обычно называют: прецеденты толкования, прецеденты применения права, деловые обыкновения, конкретизирующие суждения и подзаконные нормы, руководящие разъяснения и т. д.

Предлагается следующая цепочка последовательного формирования правоприменительной практики: *прецедент толкования* → → → → → *прецедент применения* → → → → → *правоположение* → → → → → *деловое обыкновение*.

В самом общем виде под *прецедентом толкования* права понимается акт официального казуального толкования, вынесенный высшим правоприменительным органом по конкретному делу, который в силу его общеизвестности и авторитетности становится образцом необходимого понимания смысла правовых норм. Здесь нет еще «обязательности применения» права по аналогичным делам, но она уже подразумевается. А.Б. Венгеров и С.Н. Братусь обращали внимание на необходимость разграничения понятий «прецедент толкования» и «судебный прецедент», подчеркивая, что если судебный прецедент ведет к созданию судами новой нормы права, то прецедент толкования связан с разъяснением уже существующей нормы права, с выработкой определенного «устоявшегося» положения о применении нормы права по аналогичным делам.

Прецедент толкования есть результат правоприменительного творчества, возникающий в силу органического единства познания и деятельности в процессе правоприменения. Он выражает определенную, достигнутую в процессе толкования применяемых правовых норм степень познания смысла права и обстоятельств юридического дела в конкретном акте правоприменительной квалификации. Это официальная оценка юридической значимости жизненных обстоятельств, лежащих в основе дела, и вместе с тем принципиальное истолкование смысла правовых норм. Свою значимость он приобретает потому, что формулируется вышестоящими авторитетными правоприменительными инстанциями по делу высокой профессиональной сложности, содержит в себе ответ на вопрос, возникший в практике правоприменительной квалификации, и является актом официального толкования. Как правило, прецеденты толкования формулируются Верховным Судом РФ, Высшим Арбитражным Судом РФ, но могут обнаруживаться и в деятельности высших судебных органов субъектов РФ.

Конкретным содержанием прецедента толкования является акт казуального толкования, сформулированный путем конкретизации гипотезы, диспозиции или санкции правовой нормы. В результате этого достигается максимальная точность смысла государственной воли, выраженной в применяемой правовой норме путем «привязки» ее элементов к конкретным обстоятельствам дела. Новая норма здесь не создается, но имеющаяся норма приобретает дополнительные смысловые оттенки, полученные ее приурочиванием к конкретным жизненным обстоятельствам.

Правовой, или юридический, прецедент — родовое понятие, ибо представляется возможным выделять судебные, административные и иные прецеденты в юридической деятельности. Комплексным понятием юридического прецедента выступает прецедент правоприменительный, как решение дела правоприменительным органом, служащее образцом, нормативным примером для рассмотрения и разрешения всех последующих аналогичных дел.

Специалисты, исследующие эту проблему, отмечают такие *черты судебного прецедента*, как: а) создание прецедентов высшими судебными инстанциями; б) наличие определенной юридической процедуры использования прецедента; в) обязательность его применения; г) обязательность опубликования; д) прецедент толкования рассматривается как особая разновидность прецедента; е) содержание прецедента относится к вопросам права, а не факта и т. д.

Особенность отечественного *правоприменительного (судебного) прецедента* состоит, преимущественно, в отсутствии формализованной процедуры его закрепления и действия. Он не формально, а фактически выполняет роль вспомогательного источника права. Очевидно, за этим стоит закономерная специфика формирования источников права в континентальной правовой системе.

Не посягая на юридическую силу нормативного акта, прецедент его дополняет, конкретизирует и обслуживает в процессах правореализации. Он сообщает ему недостающую гибкость и социальную чувствительность, продляя тем самым срок действия и стабильность, что является характерной чертой континентального права.

Прецедент применения возникает как своеобразный «побочный продукт» правоприменительной деятельности, получивший свою жизнь в результате творческого оригинального истолкования применяемой нормы права и периодически возникающих типичных жизненных обстоятельств по делам принципиальной важности и сложности в практической работе преимущественно вышестоящих правоприменительных органов.

Прецедент применения вырастает из прецедента толкования, подтверждая его практическую значимость для аналогичных юридических дел. Реальным же содержанием прецедента применения права выступает выработанное в процессе конкретного правоприменения истолкование нормы права, получившее значение правоположения.

Правоположения характеризуются тем, что: а) создаются в процессе правоприменительной деятельности; б) их предписания учитываются судом и другими участниками правоприменительного процесса; в) защищаются юридическими средствами; г) имеют подзаконный, поднормативный характер; д) используются для устранения пробелов в праве; е) выглядят в виде своеобразных «сгустков правосознания», «прообразов» правовых норм.

Заметной является тенденция отграничивать, отличать правоположения от правовых норм, в связи с которыми они возникают. Так В.К. Бабаев подчеркивает, что правоположения не имеют самостоятельного характера и зависят от правовых норм, имеют временный характер и выражают типичность разрешения дела. Подчеркивание статуса производного и зависимого от разъясняемой и конкретизируемой правоположением нормы права, вполне справедливо, ибо суды не занимаются правотворчеством специально и по роду своей деятельности.

Правоположения представляют собой устоявшиеся типовые решения по применению юридических норм, которые в реальности приобретают черты общих правил. Создаваемые в процессах индивидуального регулирования конкретных общественных отношений они в силу типичности правоприменительной ситуации, значимости сформулированных в процессе толкования и применения организационных правил для последующей юридической практики и авторитета правоприменительного органа приобретают значение прецедента.

Преюдиция есть прием юридической техники, представляющий собой правило доказывания того, что вступившее в законную силу правоприменительное решение уполномоченного органа, принятое в установленном за коном процессуальном порядке, о наличии или отсутствии юридического факта обязательно для всех правоприменительных органов, разрешающих юридическое дело, связанное с ранее разрешенным по поводу этого факта. В ее основе доказательственная значимость ранее сделанного вывода по юридическому делу. И хотя преюдиция связывается с воспроизведением юридической оценки фактических обстоятельств рассмотренного дела, процесс доказательства всегда предполагает правовую квалификацию, а следовательно, содержит в себе юридическую аргументацию правоприменительного решения. Таким образом, правоположение возникает в результате использования таких средств юридической техники, которые сообщают ему черты преюдициальности, т. е. формализованной оценки составляющей правоприменительной квалификации для последующих аналогичных дел.

Правоположение как результат правоприменительной техники может возникать при:

а) истолковании смысла и связей применяемой нормы в общей системе законодательства; б) конкретизированном разъяснении гипотезы, диспозиции или санкции нормы; в) конкретизации оценочных понятий языка права; г) устранении коллизий между правовыми нормами; д) преодолении пробелов в правовом регулировании путем использования аналогии закона или права; е) правоприменительном акцентировании на сложившиеся правовые позиции органов или имеющиеся деловые обыкновения.

Разумеется, что статус правового положения определяется не большинством за него поданных голосов, а официальным одобрением высших правоприменительных органов и поддержкой содержащегося в нем требования другими инстанциями. Но во всех случаях оно должно быть легальным, т. е. подзаконным и легитимным. Итак, правовое положение выступает конкретным содержанием правоприменительного прецедента и представляет собою выработанный юридической практикой типовой образец понимания и применения норм права по делам определенной категории.

Прецедент и содержащееся в нем правовое положение после получения всеобщего признания и неоднократного использования в соответствии с внутренними закономерностями становления и развития юридической практики приобретает значение или фактический статус *делового обыкновения*, или обыкновения правоприменительной деятельности. Данное понятие в юриспруденции часто неверно, на наш взгляд, рассматривается как нечто «полуюридическое», вспомогательное или примитивно организующее в деятельности государственного аппарата. Предпринимаются, в частности, небезосновательные попытки отграничить обыкновения от обычая.

Действительно, полного смыслового совпадения между данными понятиями нет. Но имеющиеся различия следует проводить не на том основании, что правовой обычай является традиционным источником права, а обыкновения якобы этой функции не выполняют. *Дело, очевидно, состоит в древности и значительности полиморфности обычаев, в то время как обыкновения порождаются актуальной практикой и призваны восполнить обнаружившийся дефицит нормативного регулирования.* Поэтому за деловым обыкновением в юридической практике стоит организационно оформленный и вошедший «в кровь и плоть» юридической деятельности должностных лиц правовой обычай.

Это высшая форма бытия юридической практики, в которой слились воедино прецедент толкования, правоприменительный прецедент и правовое положение. При этом соображения о хорошей, качественной, целесообразной работе в сфере юридической деятельности формируют привычный образ поведения правоприменителей в типичных жизненных обстоятельствах. Это и создает видимость, что прецедентность правила, которым руководствуется должностное лицо, как бы отходит в тень, на второй план, уступая место значимости организационного обычая, именуемого обыкновением. Не случайно в науке деловое обыкновение определяется как общий образ обычно совершаемой правомерной властной деятельности управомоченных субъектов, связанной с организацией реализации правовых норм.

Будучи разновидностью юридического процесса, правоприменение концентрирует в себе организационно управленческий или процессуальный характер деятельности по применению норм материального права, и это создает условия к возникновению различного вида деловых обыкновений. Таким образом, в каждом суде, прокуратуре, райотделе милиции и т. д. складываются и действуют своеобразные обыкновения по выполнению определенных правоприменительных действий. Таковыми могут быть: порядок вызова свидетелей, извещение заинтересованных лиц, доставка повесток, письменное изготовление документов, объявление решения, ознакомление с делом и т. д.

Это своеобразные процедурные обыкновения, которые не противоречат нормам права, но могут их существенно конкретизировать, исходя «из местных условий». Они выражают объективно сложившийся привычный порядок юридической деятельности и

составляют процессуальный пласт внутренних правил организации правоприменительной работы. Наиболее же значимой разновидностью деловых обыкновений являются правоприменительные обыкновения, сложившиеся в результате организации процедуры реализации прецедентов и содержащихся правоположений. Их особенность состоит в неразрывном единстве организационной формы и правового содержания тех правил, которые выработаны юридической практикой по конкретным делам.

Таким образом, *обыкновения правоприменительной практики характеризуются*: а) общеизвестностью и принятостью их правоположений как «само собою разумеющихся» стандартов правоприменительной деятельности; б) длительностью их существования, в силу чего они воспринимаются как своеобразные обычаи правоприменения в типичных жизненных обстоятельствах; в) опорой не только на юридические средства контроля и надзора за единообразием правоприменения, но и на организационно сложившиеся и методически принятые правила служебной деятельности; г) единством и нерасчленяемостью организационной формы и правового содержания; в силу этого в правоприменительном обыкновении наблюдается сплав и кристаллизация правоположения и прецедента в виде ясно и конкретно выраженных правовых позиций, принявших форму обычая.

Итак, казуальная юридическая практика имеет свою внутреннюю логику объективного развития: от прецедента толкования к прецеденту правоприменения, через формирование правоположения и увенчивание всего процесса деловым обыкновением. Разумеется, что абсолютно строгая и последовательная однолинейность в этом процессе наблюдается не всегда. Прецедент толкования может сразу сливаться и вызывать к жизни правоприменительный прецедент, а правоположение довольно скоро заменяться нормой позитивного права, не создавая правоприменительного обыкновения, но во взаимодействии и взаимопереходах друг в друга этих элементов прослеживаются синергетические закономерности бытия и саморегулирования юридической практики на уровне казуального правоприменения.

Следующий (третий) пласт юридической практики образуют руководящие разъяснения, методические письма и обзоры высших и центральных органов правоприменительной деятельности, издаваемые Верховным Судом РФ, Высшим Арбитражным Судом РФ, Следственными управлениями Генеральной Прокуратуры и МВД РФ по вопросам организационного руководства нижестоящими органами и правовой квалификации юридических дел

Характерными чертами судебного прецедента являются:

- 1) его выработка только органами судебной власти;
- 2) использование определенной юридической процедуры при его создании;
- 3) обязательность применения;
- 4) необходимость официального опубликования в сборниках.

Среди недостатков прецедента как источника права можно выделить следующие:

- 1) прецедент представляет собой достаточно частное правило, тесно связанное с обстоятельствами, при которых оно формировалось;
- 2) упрощенная по сравнению с законодательной процедура формулирования прецедента – основа для ошибок и злоупотреблений;
- 3) при использовании прецедента в дальнейшем велика роль судебного усмотрения, так как абсолютно одинаковые обстоятельства при разрешении различных дел выявить достаточно сложно.

Следует различать понятия судебный прецедент, судебная практика, праворазъяснительная деятельность суда, судебское усмотрение.

Наиболее тесным образом с судебным прецедентом связано понятие судебной практики. Многие авторы используют эти термины в своих работах как синонимы.

Понятие «судебная практика» употребляется в науке в двух основных значениях. В первом, широком смысле, она рассматривается как синоним судебной деятельности в целом, как разновидность юридической практики. Во втором, более узком смысловом значении, под судебной практикой понимают выработанные в ходе деятельности органов правосудия правовые положения, дефиниции, правила, указания, которые обладают качествами обобщенности, общепризнанности, обязательности.

Именно с этим вторым, узким пониманием судебной практики и связана ее роль в развитии и совершенствовании всей системы формальных источников права. Основное отличие судебной практики от судебного прецедента заключается в том, что практика вырабатывается как итог, обобщение судебных решений. Судебный прецедент же носит индивидуальный характер и является результатом рассмотрения конкретного дела судом вышестоящей инстанции.

Теория права различает три вида судебной практики, которые условно обозначаются как *текущая, прецедентная и руководящая*.

Текущая (или первичная) практика представляет собой опыт применения законодательства, выраженный в решениях судов по конкретным юридическим делам. В ней намечаются подходы к решению той или иной категории дел.

Прецедентная практика – это опыт применения законодательства, выраженный в решениях высших судебных органов по конкретным делам, причем решения принципиального характера. По мнению В.М. Лебедева, принципиальный характер этих решений связан с необходимостью установления единообразного понимания (толкования) правовых норм.

При этом практика называется «прецедентной», так как дает образец толкования и применения права, которому в силу авторитета высших судебных органов должны следовать остальные суды. Это как бы распространение сходной нормы на аналогичный случай – вариант решения дела в соответствии с общими началами и смыслом законодательства.

Так, по мнению А.В. Мадьяровой, различие между прецедентными нормами и *праворазъяснительными положениями* можно провести по следующим основаниям:

- по порядку создания: прецедентные нормы возникают как результат рассмотрения конкретных правовых конфликтов (индивидуальных юридических дел), для праворазъяснительных положений существует особая процедура обсуждения и принятия путем голосования на заседаниях высших судебных инстанций;
- по форме воплощения: прецедентные нормы представляют собой решения по конкретным (индивидуальным) юридическим делам; праворазъяснительные положения воплощаются в специальных постановлениях высших судебных органов, носящих абстрактный характер;
- по особенностям выражения (формулирования) нормы: прецеденты выражаются в правилах *ad hoc* («для данного дела») и представляют собой правовые основания разрешения конкретного конфликта; праворазъяснительные положения являются правилами общего и абстрактного характера, рассчитанными на неограниченное число случаев;
- по особенностям применения: судебный прецедент применяется по аналогии к случаям, схожим в существенных юридически значимых признаках с теми делами, в которых созданы нормы; праворазъяснительные положения применяются к широкому кругу случаев, подпадающих под общие признаки, изложенные в положениях.

Отличие судебных разъяснений правовых норм от судебной практики заключается в том, что разъяснения выступают средством упорядочивания практики, могут противоречить практике, предлагая иной вариант решения правового конфликта, создаваться даже по тем вопросам, где практика еще не разработана.

Большое значение при вынесении судебного решения приобретает судебское усмотрение, о чем свидетельствует интерес ученых к этой проблеме.

Для судебного усмотрения характерно:

- 1) предоставление правоприменителю относительной свободы выбора при принятии решения, связанного с применением данной нормы к конкретному жизненному случаю;
- 2) принятие решения в пределах, обозначенных в законодательстве (легальность);
- 3) руководство при принятии решения принципами законности, обоснованности и справедливости;
- 4) учет конкретных обстоятельств рассматриваемого дела.

Таким образом, судебское усмотрение можно определить как осуществляемый в процессуальной форме специфический аспект правоприменительной деятельности, предполагающий представление суду в случаях, предусмотренных законодательством, правомочий по выбору решения в пределах, установленных законом, исходя из принципов права, конкретных обстоятельств рассматриваемого дела, а также основ морали.

ПЛАНЫ – ЗАДАНИЯ К ПРАКТИЧЕСКИМ ЗАНЯТИЯМ

Тема 1 Современные представления о праве

1. Типологии правопонимания
2. Легистский подход к правопониманию
3. Юснатурализм
4. Юридический либертаризм

Вопросы для самоконтроля

1. Что означает типология правопонимания?
2. Какие виды правопонимания выделяют?
3. Какие подходы можно выделить в рамках юридического типа правопонимания?
4. Для какого подхода характерно понимание позитивного права как искусственного?
5. Назовите недостатки естественно правового подхода.
6. Назовите подход к правопониманию, который исходит из различения права и закона.
7. В рамках какого подхода под правом имеется в виду бытие и нормативное выражение принципа формального равенства?

Рекомендуемые темы реферативных работ

1. Современное правопонимание: основные концепции
2. Философия права
3. Право в системе социального регулирования

Рекомендуемая литература

1. Алексеев Н.Н. Основы философии права / Н.Н. Алексеев - СПб., 1999.
2. Алексеев С.С. Философия права / С.С. Алексеев - М., 1997.
3. Вишневский, А.Ф., Горбатов, Н.А., Кучинский, В.А. Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский . – М., 2004.
4. Гегель Г.В.Ф. Философия права / Г.В.Ф. Гегель - М., 1989.
5. Основные правовые системы современности / Р. Давид - М., 1997.
6. Загрядский Г.В. Правовые системы современности / Г.В. Загрядский - М., 1995.
7. Казимирчук В.П. Право и методы его изучения / В.П. Казимирчук - М., 1965.
8. Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В.С. Нерсесянц - М., 1999.
9. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.
10. Вагнер И. О концепции социалистического правового государства // Правоведение. - 1990. - № 1.
11. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России / В.Д. Зорькин - М., 1978.
12. Петрова Л.В. О естественном и позитивном праве // Государство и право. - 1995. - № 2.
13. Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Государство и право. - 1994. - № 3.
14. Лейст О.Э. Три концепции права // Государство и право.-1991. - № 12.
15. Козлихин И.Ю. Позитивизм и естественное право // Государство и право. - 2000. - № 3.
16. Коркмасова К.Д., Лисневский Э.В., Любашиц В.Я., Токарев В.Я. Историческое и логическое в познании государства и права // Правоведение. - 1990. - № 5.

Тема 2 Понятие и сущность сравнительного правоведения

1. Развитие идей сравнительного правоведения
2. Понятие, цели сравнительного правоведения
3. Объекты сравнительного правоведения
4. Общие правила сравнительно - правового анализа

Вопросы для самоконтроля

1. Назовите этапы формирования сравнительного правоведения.
2. Когда сравнительное правоведение сформировалось как наука?
3. Охарактеризуйте предмет сравнительного правоведения.
4. В чем состоит теоретическая задача сравнительного правоведения?
5. В чем состоит практическая задача сравнительного правоведения?
6. Что изучает общая и особенная часть сравнительного правоведения?
7. Назовите и раскройте цели сравнительного правоведения.
8. Назовите объекты сравнительного правоведения.
9. Какие ошибки наиболее часто встречаются в проведении сравнительно-правового анализа.
10. Перечислите методологические правила сравнительного правоведения.

Рекомендуемые темы реферативных работ

1. Понятие и сущность сравнительного правоведения
2. Методология теории права и государства
3. Правовые системы современности

Рекомендуемая литература

1. Решетников Ф.М. Правовые системы мира. Справочник / Ф.М. Решетников - М., 1993.
2. Сравнительное правоведение. Логика и методология науки / Под ред. В.А. Туманова. – М.: Прогресс, 1978.
3. Тихомиров Ю.Ф. Курс сравнительного правоведения / Ю.Ф. Тихомиров. – М.: НОРМА, 1996.
4. Лейст О.Э. Актуальные проблемы общей теории права // Научные труды Российской академии юридических наук. - М., 2001. Т. 1
5. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.
6. Основные правовые системы современности / Р. Давид - М., 1997.
7. Загрядский Г.В. Правовые системы современности / Г.В. Загрядский - М., 1995.
8. Казимирчук В.П. Право и методы его изучения / В.П. Казимирчук - М., 1965.

Тема 3 Проблемы соотношения внутригосударственного и международного права

1. Международное право и внутригосударственное право как взаимодействующие правовые системы

2. Международное право как фактор совершенствования национального законодательства
3. Взаимодействие международных договоров и национального законодательства в правоприменительном процессе

Вопросы для самоконтроля

1. Какие направления принято выделять применительно к трактовке соотношения международного и внутригосударственного права?
2. Для какого направления международное и внутригосударственное право это не только различные отрасли права, но и различные правопорядки?
3. Среди сторонников какой теории развито мнение о приоритете международного права?
4. Назовите и охарактеризуйте способы влияния международного права на национальное.
5. Совокупность создаваемых данным государством, его органами правовых норм и правовых актов.
6. Что понимают под правом применяемом в государстве?
7. Классифицировать формы реализации норм международного права.

Рекомендуемая литература

1. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С.С. Алексеев – М., 2001.
2. Бабаев В.Е. Общая теория права. Краткая энциклопедия / В.Е. Бабаев, В.М. Баранов - Н. Новгород, 1997.
3. Вишневский, А.Ф., Горбатов, Н.А., Кучинский, В.А. Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский . – М., 2004.
4. Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права / А.Я. Вышинский - М., 1949.
5. Курс теории права и государства / Под ред. И.П. Марова - Тюмень, 1994.
6. Лазарев В.В. Теория государства и права / В.В. Лазарев - М., 1992.
7. Лейст О.Э. Актуальные проблемы общей теории права // Научные труды Российской академии юридических наук. - М., 2001. Т. 1
8. Марченко, М. Н. Теория государства и права / М. Н. Марченко. – М., 1996.
9. Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В.С. Нерсесянц - М., 1999.
10. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.

Тема 4 Механизм сближения национальных правовых систем

1. Предотвращение и разрешение юридических коллизий
2. Сближение национальных законодательств
3. Модельные законодательные акты
4. Унификация правовых норм

Вопросы для самоконтроля

1. В чем может выражаться юридическая коллизия?
2. Что отличает структуру коллизионной нормы от структуры традиционных норм права?

3. Какая часть коллизионной нормы содержит указание на отношения, на которые распространяется норма?
4. Какая часть коллизионной нормы содержит указание на национальное законодательство, подлежащее применению к данному виду общественных отношений?
5. Разработка и введение в действие общеобязательных единообразных юридических норм (правил).
6. Соотнесите понятия гармонизация законодательства, сближение законодательства, унификация законодательства.
7. Какие разновидности привязок включает принцип "закон места совершения акта"?
8. Назовите коллизионный принцип, который применяется для определения, какое имущество может быть объектом вещного права, в частности права собственности.
9. Акт, предназначенный для унификации права в странах-участницах, посредством установления международного обязательства, по которому они приводят свое законодательство в соответствие с его положениями.
10. Правовой документ, который рекомендуется государствам для принятия в качестве их национального закона.
11. Назовите разновидности правовой унификации.

Рекомендуемые темы реферативных работ

1. Интеграция и международная унификация правовых систем
2. Юридические коллизии и способы их разрешения
3. Преемственность и обновление в праве, рецепция права

Рекомендуемая литература

1. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С.С. Алексеев – М., 2001.
2. Бабаев В.Е. Общая теория права. Краткая энциклопедия / В.Е. Бабаев, В.М. Баранов - Н. Новгород, 1997.
3. Василевич Г.А. Устранение и преодоление пробелов и дефектов в законодательстве и практике его применения // Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь. – 2007. - № 1.
4. Вишневский, А.Ф., Горбатов, Н.А., Кучинский, В.А. Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский . – М., 2004.
5. Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права / А.Я. Вышинский - М., 1949.
6. Курс теории права и государства / Под ред. И.П. Марова - Тюмень, 1994.
7. Лазарев В.В. Теория государства и права / В.В. Лазарев - М., 1992.
8. Лейст О.Э. Актуальные проблемы общей теории права // Научные труды Российской академии юридических наук. - М., 2001. Т. 1
9. Марченко, М. Н. Теория государства и права / М. Н. Марченко. – М., 1996.
10. Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В.С. Нерсесянц - М., 1999.
11. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.

Тема 5 Источники права

1. Понятие и основные черты, классификация источника и формы прав
2. Источники права Республики Беларусь
3. Юридическая практика, как источник права

Вопросы для самоконтроля

1. В каком смысле под источником права понимаются различные правовые учения и доктрины, а также правосознание?
2. В каком смысле под источником права понимаются экономические отношения, детерминирующие государственно-правовое развитие?
3. Перечислите легальные и социальные источники права.
4. Назовите формы права, санкционированные и установленные государством.
5. Составьте цепочку последовательного формирования правоприменительной практики.
6. Назовите признаки прецедента применения.
7. Охарактеризуйте прецедент толкования.
8. Назовите признаки, приведите пример делового обычкновения.
9. Охарактеризуйте правоположение.
10. Назовите виды судебной практики.
11. В чем состоит отличие судебной практики, праворазъяснительной деятельности суда, судебного прецедента?
12. Как можно охарактеризовать судебское усмотрение?

Рекомендуемые темы реферативных работ

1. Источники права в Республике Беларусь
2. Правовая природа актов высших органов судебной власти
3. Юридический прецедент как источник (форма) права в романо-германской правовой системе

Рекомендуемая литература

1. Вишневский, А.Ф., Горбатов, Н.А., Кучинский, В.А. Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский . – М., 2004.
2. Вопленко Н.Н. Источники и формы права / Н.Н. Вопленко. – Волгоград. – 2004.
3. Лазарев В.В. Теория государства и права / В.В. Лазарев - М., 1992.
4. Лейст О.Э. Актуальные проблемы общей теории права // Научные труды Российской академии юридических наук. - М., 2001. Т. 1
5. Марченко, М. Н. Теория государства и права / М. Н. Марченко. – М., 1996.
6. Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В.С. Нерсесянц - М., 1999.
7. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.
8. Василевич Г.А. Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи, прецеденты, доктрина. Монография. / А.Г. Василевич. - Мн. – 2008.
9. Сільчанка М.У. Паняцце і віды крыніц сучаснага беларускага права // Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. –2006.– № 2.
10. Сильченко Н.В. Проблемы источников современного белорусского права // Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь. – 2007. - № 4.

Тема 6 Актуальные проблемы права

1. Понятие, признаки, функции и принципы права
2. Понятие, признаки, виды, структура нормы права
3. Понятие, признаки, виды, юридическая сила нормативного правового акта правового акта

4. Понятие, структура, характеристика системы права
5. Правотворчество и правотворческий процесс
6. Понятие, характеристика, классификация правоотношений

Вопросы для самоконтроля

1. Охарактеризуйте основные признаки права.
2. В чем заключается регулятивная функция права?
3. Дайте классификацию, приведите примеры функций права.
4. Сравните норму права и обычай.
5. Назовите и охарактеризуйте структурные элементы нормы права.
6. Охарактеризуйте признаки нормативного правового акта.
7. Что означает юридическая сила нормативного акта.
8. Охарактеризуйте публичное и частное право, материальное и процессуальное.
9. Перечислите принципы правотворческого процесса.
10. Какие выделяют стадии правотворческого процесса?
11. Назовите элементы правоотношения.
12. Назовите виды правоотношений.

Рекомендуемые темы реферативных работ

1. Новые отрасли права (медицинское право, корпоративное право, ювенальное право, спортивное право)
2. Институт делегирования законодательных функций: возможности и пределы
3. Эффективность действия права
4. Стимулы и ограничения в праве
5. Льготы и поощрения в праве
6. Правовой нигилизм и пути его преодоления
7. Соотношение права и экономики

Рекомендуемая литература

1. Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. - 1992. - № 1, 2.
2. Алексеев С.С. Право: время новых подходов // Государство и право. – 1991. - № 2.
3. Баранов П.П. Правосознание и правовое воспитание // Общая теория права: Курс лекций. - Н.Новгород, 1993.
4. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко. - М., 2000.
5. Вишневский, А.Ф., Горбатов, Н.А., Кучинский, В.А. Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский . – М., 2004.
6. Карташов В.Н. Введение в общую теорию правовой системы общества / В.Н. Карташов - Ч. 1. - Ярославль, 1995.
7. Курс теории права и государства / Под ред. И.П. Марова - Тюмень, 1994.
8. Лазарев В.В. Теория государства и права / В.В. Лазарев - М., 1992.
9. Лейст О.Э. Актуальные проблемы общей теории права // Научные труды Российской академии юридических наук. - М., 2001. Т. 1
10. Марченко, М. Н. Теория государства и права / М. Н. Марченко. – М., 1996.
11. Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В.С. Нерсесянц - М., 1999.
12. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.
13. Халфина Р.О. Право как средство социального управления / Халфина Р.О. - М., 1988.

14. Четвернин В.А. Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства / В.А. Четвернин - М., 1997.

Тема 7 Актуальные проблемы государства

1. Понятие, признаки, концепции государственной власти
2. Форма государства и ее элементы
3. Понятие, классификация, формы осуществления функций государства
4. Механизма государства
5. Понятие, признаки, классификация органов государства

Вопросы для самоконтроля

1. Какие признаки государственной власти выделяют?
2. Охарактеризуйте, назовите представителей теории единства государственной власти.
3. Охарактеризуйте, назовите представителей теории разделения властей.
4. Назовите и раскройте виды форм правления.
5. Назовите виды форм государственного устройства.
6. Соотнесите понятия «политический» и «государственный режим».
7. Дайте классификацию функции государства, приведите примеры.
8. Как соотносятся понятия «механизм государства» и «аппарат государственного управления»?
9. Дайте классификацию органов государства, перечислите признаки.

Рекомендуемые темы реферативных работ

1. Государство в политической системе общества
2. Геополитические факторы в развитии государства
3. Проблемы разделения властей в государственном механизме
4. Государственная власть как разновидность социальной власти
5. Политический и государственно-правовой режимы
6. Проблемы понятия и классификация функций государства

Рекомендуемая литература

1. Байтин М.И. Государство и политическая власть / М.И. Байтин - Саратов, 1972.
2. Барнашов А.М. Теория разделения властей: становление, развитие, применение / А.М. Барнашов - Томск, 1988.
3. Бачило И.Л. Факторы, влияющие на государственность // Государство и право. - 1993. - №7.
4. Бельский К.С. Разделение властей и ответственность в аппарате государственного управления / К.С. Бельский - М., 1990.
5. Бутенко А.П. Государство: его вчерашние и сегодняшние трактовки // Государство и право. - 1993. - № 7.
6. Вишневский, А.Ф., Горбатов, Н.А., Кучинский, В.А. Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский . - М., 2004.
7. Лазарев В.В. Теория государства и права / В.В. Лазарев - М., 1992.
8. Лейст О.Э. Актуальные проблемы общей теории права // Научные труды Российской академии юридических наук. - М., 2001. Т. 1
9. Малый А.Ф. Государственная власть как правовая категория // Государство и право. - 2001. - № 3.

10. Мамут Л.С. Государство в ценностном измерении / Л.С. Мамут - М., 1998.
11. Мамут Л.С. Государство: полюсы представлений // Общественные науки и современность. - 1996. - № 4.
12. Марченко, М. Н. Теория государства и права / М. Н. Марченко. – М., 1996.
13. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.
14. Четвернин В.А. Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства / В.А. Четвернин - М., 1997.
15. Чиркин В.Е. Легализация и легитимация государственной власти // Государство и право. -1995. - № 8
16. Чиркин В.Е. Основы государственной власти / В.Е. Чиркин - М., 1996.
16. Энтин Л.М. Разделение властей: опыт современных государств / Л.М. Энтин - М., 1995.

Тема 8 Актуальные вопросы соотношения государства и права

1. Государство, как субъект политической системы общества
2. Правовое государство и гражданское общество
3. Законность и правопорядок
4. Понятие, признаки юридической ответственности, ее виды
5. Правовой статус личности в государстве
6. Правовая культура и правовое воспитание, правосознание

Вопросы для самоконтроля

1. Дайте определение понятию «политическая система», назовите элементы.
2. Определите место государства в политической системе, его соотношение с другими институтами.
3. Перечислите признаки правового государства и гражданского общества.
4. Дайте соотношение законности и правопорядка.
5. Назовите виды юридической ответственности, выделите отличительные черты.
6. Назовите и охарактеризуйте элементы правового статуса личности.
7. Назовите понятие и виды правосознания.
8. Назовите способы повышения правовой культуры.

Рекомендуемые темы реферативных работ

1. Правовое государство и проблемы его формирования
2. Гражданское общество, государство и право
3. Проблемы демократического государства
4. Государство и церковь. Светские и теократические государства
5. Правовой нигилизм и пути его преодоления
6. Причины правонарушений, пути их предупреждения и устранения
7. Правомерное поведение: понятие, признаки, виды, стимулы
8. Место и роль средств массовой информации в обществе

Рекомендуемая литература

1. Арон Р. Демократия и тоталитаризм / Р. Арон - М., 1993.
2. Байтин М.И. Государство и политическая власть / М.И. Байтин - Саратов, 1972.
3. Веденеев Ю.А. Политическая демократия и элитарно-правовая культура граждан // Государство и право. - 1997. - № 2.

4. Вишневский, А.Ф., Горбатов, Н.А., Кучинский, В.А. Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский . – М., 2004.
5. Гайдар Е.Т. Государство и эволюция / Е.Т. Гайдар - М., 1995.
6. Дмитриев Ю.А. Соотношение понятий политической и государственной власти в условиях формирования гражданского общества // Государство и право. - 1994. - № 7.
7. Зубов А.Б. Парламентская демократия и политическая традиция Востока / А.Б. Зубов - М., 1990.
8. Ковлер А.И. Исторические формы демократии (проблемы политико-правовой теории) / А.И. Ковлер - М., 1990.
9. Лейпхарт А. Демократия в многосоставных обществах. Сравнительное исследование / А. Лейпхарт - М., 1997.
10. Лившиц Р.З. Государство и право в современном обществе: необходимость новых подходов // Советское государство и право. - 1990. - № 10.
11. Малый А.Ф. Государственная власть как правовая категория // Государство и право. - 2001. - № 3.
12. Марченко, М. Н. Теория государства и права / М. Н. Марченко. – М., 1996.
13. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.
14. Разумович Н.Н. Политическая и правовая культура / Н.Н. Разумович - М., 1989.
15. Четвернин В.А. Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства / В.А. Четвернин - М., 1997.
16. Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: Введение в теорию / В.А. Четвернин - М., 1994.

ФОРМЫ КОНТРОЛЯ ЗНАНИЙ

Формы контроля знаний

- 1 Устный опрос
- 2 Тестирование
- 3 Защита рефератов

Итоговый тест по темам:

1. Современные представления о праве
2. Понятие и сущность сравнительного правоведения
3. Проблемы соотношения внутригосударственного и международного права
4. Механизм сближения национальных правовых систем
5. Проблемы понимания источников права

Выполнение задания в группах по темам: актуальные проблемы права, актуальные проблемы государства, актуальные вопросы соотношения государства и общества. Студенты выполняют задание в группах по 3 – 5 человек.

Порядок выполнения задания:

Студенты готовят:

- доклад в рамках обозначенных тем. Требования к докладу: титульный лист, содержание, основная часть (объем до 10 стр., сноски), список источников (минимум 5 источников).
- мультимедийную презентацию по теме выступления (10 – 15 слайдов).
- разрабатывают контрольное задание для группы (тест – 20 вопросов; кроссворд – 10 – 15; задачи).

РЕКОМЕНДУЕМЫЕ ТЕМЫ РЕФЕРАТИВНЫХ РАБОТ

1. Государство в политической системе общества
2. Правовое государство и проблемы его формирования
3. Геополитические факторы в развитии государства
4. Гражданское общество, государство и право
5. Проблемы демократического государства
6. Государство и церковь. Светские и теократические государства
7. Проблемы разделения властей в государственном механизме
8. Государственная власть как разновидность социальной власти
9. Политический и государственно-правовой режимы
10. Проблемы понятия и классификация функций государства
11. Современное правопонимание: основные концепции
12. Преемственность и обновление в праве, рецепция права
13. Право в системе социального регулирования
14. Соотношение права и экономики
15. Источники права в Республике Беларусь
16. Правовая природа актов высших органов судебной власти
17. Юридический прецедент как источник (форма) права в романо-германской правовой системе
18. Правовые системы современности
19. Правовые презумпции, аксиомы, фикции
20. Институт делегирования законодательных функций: возможности и пределы
21. Юридические коллизии и способы их разрешения
22. Проблемы пробелов и путей их устранения и преодоления
23. Эффективность действия права
24. Правомерное поведение: понятие, признаки, виды, стимулы
25. Стимулы и ограничения в праве
26. Льготы и поощрения в праве
27. Правовой нигилизм и пути его преодоления
28. Причины правонарушений, пути их предупреждения и устранения
29. Юридическая ответственность и государственное принуждение
30. Интеграция и международная унификация правовых систем
31. Механизм социально-юридического обеспечения прав человека
32. Место и роль средств массовой информации в обществе
33. Философия права
34. Понятие и сущность сравнительного правоведения
35. Методология теории права и государства
36. Новые отрасли права (медицинское право, корпоративное право, ювенальное право, спортивное право)

**ПРИМЕРНЫЙ ПЕРЕЧЕНЬ ВОПРОСОВ К ЗАЧЕТУ ПО СПЕЦКУРСУ
«АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ
ГОСУДАРСТВА И ПРАВА»**

1. Легистский подход к правопониманию
2. Либертарно-юридический подход к правопониманию
3. Естественно правовой подход к правопониманию
4. Понятие, цели, объекты сравнительного правоведения
5. Общие правила сравнительно - правового анализа
6. Международное право и внутригосударственное право как взаимодействующие правовые системы
7. Международное право как фактор совершенствования национального законодательства
8. Взаимодействие международных договоров и национального законодательства в правоприменительном процессе
9. Предотвращение и разрешение юридических коллизий
10. Сближение национальных законодательств
11. Модельные законодательные акты
12. Унификация правовых норм
13. Понятие и основные черты, классификация источника права
14. Юридическая практика, как источник права
15. Источники права Республики Беларусь
16. Понятие, признаки, структура нормы права
17. Понятие, признаки, виды, юридическая сила нормативного правового акта
18. Форма государства и ее элементы
19. Понятие, признаки юридической ответственности, ее виды
20. Понятие правового государства, пути формирования

РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

ОСНОВНАЯ

1. Алексеев Н.Н. Основы философии права / Н.Н. Алексеев - СПб., 1999.
2. Алексеев С.С. Философия права / С.С. Алексеев - М., 1997.
3. Бабаев В.Е. Общая теория права. Краткая энциклопедия / В.Е. Бабаев, В.М. Баранов - Н. Новгород, 1997.
4. Баранов П.П. Правосознание и правовое воспитание // Общая теория права: Курс лекций. - Н.Новгород, 1993.
5. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко. - М., 2000.
6. Вишневский, А.Ф., Горбатов, Н.А., Кучинский, В.А. Общая теория государства и права / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатов, В. А. Кучинский . – М., 2004.
7. Вопленко Н.Н. Источники и формы права / Н.Н. Вопленко. – Волгоград. – 2004.
8. Вышинский А.Я. Вопросы теории государства и права / А.Я. Вышинский - М., 1949.
9. Гегель Г.В.Ф. Философия права / Г.В.Ф. Гегель - М., 1989.
10. Основные правовые системы современности / Р. Давид - М., 1997.
11. Загрядский Г.В. Правовые системы современности / Г.В. Загрядский - М., 1995.
12. Казимирчук В.П. Право и методы его изучения / В.П. Казимирчук - М., 1965.
13. Карташов В.Н. Введение в общую теорию правовой системы общества / В.Н. Карташов - Ч. 1. - Ярославль, 1995.
14. Курс теории права и государства / Под ред. И.П. Марова - Тюмень, 1994.
15. Лазарев В.В. Теория государства и права / В.В. Лазарев - М., 1992.
16. Лейст О.Э. Актуальные проблемы общей теории права // Научные труды Российской академии юридических наук. - М., 2001. Т. 1
17. Марченко, М. Н. Теория государства и права / М. Н. Марченко. – М., 1996.
18. Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства / В.С. Нерсесянц - М., 1999.
19. Нерсесянц В.С. Проблемы теории государства и права / В.Н. Нерсесянц. М., 1999.
20. Разумович Н.Н. Политическая и правовая культура / Н.Н. Разумович - М., 1989.
21. Решетников Ф.М. Правовые системы мира. Справочник / Ф.М. Решетников - М., 1993.
22. Сравнительное правоведение. Логика и методология науки / Под ред. В.А. Туманова. – М.: Прогресс, 1978.
23. Тихомиров Ю.Ф. Курс сравнительного правоведения / Ю.Ф. Тихомиров. – М.: НОРМА, 1996.
24. Халфина Р.О. Право как средство социального управления / Халфина Р.О. - М., 1988.
25. Четвернин В.А. Понятия права и государства. Введение в курс теории права и государства / В.А. Четвернин - М., 1997.
26. Чиркин В.Е. Основы государственной власти / В.Е. Чиркин - М., 1996.

ДОПОЛНИТЕЛЬНАЯ

27. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С.С. Алексеев– М., 2001.
28. Алексеев С.С. Право: время новых подходов // Государство и право. – 1991. - № 2.
29. Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития - надежда и драма современной эпохи. - М., 2000.

30. Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. - 1992. - № 1, 2.
31. Арон Р. Демократия и тоталитаризм / Р. Арон - М., 1993.
32. Байтин М.И. Государство и политическая власть / М.И. Байтин - Саратов, 1972.
33. Барнашов А.М. Теория разделения властей: становление, развитие, применение / А.М. Барнашов - Томск, 1988.
34. Бачило И.Л. Факторы, влияющие на государственность // Государство и право. - 1993. - № 7.
35. Бельский К.С. Разделение властей и ответственность в аппарате государственного управления / К.С. Бельский - М., 1990.
36. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж Берман. - М., 1998.
37. Бутенко А.П. Государство: его вчерашние в сегодняшние трактовки // Государство и право. - 1993. - № 7.
38. Вагнер И. О концепции социалистического правового государства // Правоведение. - 1990. - № 1.
39. Василевич Г.А. Устранение и преодоление пробелов и дефектов в законодательстве и практике его применения // Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь. - 2007. - № 1.
40. Василевич Г.А. Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи, прецеденты, доктрина. Монография. / А.Г. Василевич. - Мн. - 2008.
41. Васильев А.М. Правовые категории / А.М. Васильев - М., 1976.
42. Веденеев Ю.А. Политическая демократия и элитарно-правовая культура граждан // Государство и право. - 1997. - № 2.
43. Гайдар Е.Т. Государство и эволюция / Е.Т. Гайдар - М., 1995.
44. Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России / В.Д. Зорькин - М., 1978.
45. Зубов А.Б. Парламентская демократия и политическая традиция Востока / А.Б. Зубов - М., 1990.
46. Дмитриев Ю.А. Соотношение понятий политической и государственной власти в условиях формирования гражданского общества // Государство и право. - 1994. - № 7.
47. Ковлер А.И. Исторические формы демократии (проблемы политико-правовой теории) / А.И. Ковлер - М., 1990.
48. Козлихин И.Ю. Позитивизм и естественное право // Государство и право. - 2000. - № 3.
49. Коркмасова К.Д., Лисневский Э.В., Любашиц В.Я., Токарев В.Я. Историческое и логическое в познании государства и права // Правоведение. - 1990. - № 5.
50. Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Государство и право. - 1994. - № 3.
51. Лейпхарт А. Демократия в многосоставных обществах. Сравнительное исследование / А. Лейпхарт - М., 1997.
52. Лейст О.Э. Три концепции права // Государство и право. - 1991. - № 12.
53. Лившиц Р.З. Государство и право в современном обществе: необходимость новых подходов // Советское государство и право. - 1990. - № 10.
54. Малый А.Ф. Государственная власть как правовая категория // Государство и право. - 2001. - № 3.
55. Мамут Л.С. Государство в ценностном измерении / Л.С. Мамут - М., 1998.
56. Мамут Л.С. Государство: полюсы представлений // Общественные науки и современность. - 1996. - № 4.
57. Петрова Л.В. О естественном и позитивном праве // Государство и право. - 1995. - № 2.
58. Сільчанка М.У. Пяцьце і віды крыніц сучаснага беларускага права // Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. - 2006. - № 2.

59. Сильченко Н.В. Проблемы источников современного белорусского права // Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь. – 2007. - № 4.
60. Чиркин В.Е. Легализация и легитимация государственной власти // Государство и право. -1995. - № 8.
61. Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: Введение в теорию / В.А. Четвернин - М., 1994.
62. Энтин Л.М. Разделение властей: опыт современных государств / Л.М. Энтин - М., 1995.