Факультет юридический

Кафедра государственно-правовых дисциплин

Специальность юриспруденция

**КУРСОВАЯ РАБОТА**

По дисциплине Теория государства и права

Тема: ***Формы (источники) права***

Выполнил студент 1 курс ЮД 71/0-09

(курс, группа)

Селезнев Левон Вадимович

(фамилия, имя, отчество)

Количество слов в работе\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Руководитель работы Сунцова Е. А., к.ю.н., доцент

(ученая степень, звание, фамилия и инициалы)

*К защите* \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

(дата, подпись руководителя)

*Работа защищена с оценкой* \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Москва, 2009

**Оглавление:**

Введение ……………………………………………………..… стр. 3

1. Понятие форм (источников) права …………………………стр. 5
2. Нормативно-правовые акты государства ……………….... стр. 10
3. Судебный и административный прецедент …………….... стр. 13
4. Правовой обычай ………………………………………...… стр. 19

Заключение…………………………………………………..…. стр. 22

Источники …………………………………………………….…стр.25

* Нормативно-правовые акты РФ…..……………………. стр. 25

* Литературные источники………..….……….…………. стр. 26

**Введение.**

Тема источников российского права традиционно является одной из ключевых для отечественной правовой науки и неизменно привлекает повышенное внимание исследователей. При этом, не смотря на весьма внушительную историю разработки проблем, связанных с сущностью, содержанием, эволюцией источников права, наблюдаются серьезные разногласия по широкому кругу относящихся к ним вопросов. Названное обстоятельство во многом связанно с отсутствием адекватного понятийного аппарата, неспособностью теоретиков условиться о единообразном понимании и применении базовых научных терминов. Однако, даже ученые, одинаково трактующие источники права, нередко вступают в активные дискуссии по вопросам, связанным непосредственно с их содержанием, характером взаимодействия между собой, а также особенностями формирования и развития. Это обстоятельство свидетельствует о том, что трудности, с которыми в данном случае сталкиваются исследователи, обусловлены отсутствием не только четкого понимания источников права, но и сложностью, неоднозначностью самого изучаемого феномена.

Сложность, а одновременно и важность разработки темы источников права существенно увеличивается в современных условиях, характеризующихся серьезной трансформацией их системы. С конца 80-х годов ХХ века российское общество переживает социальные, политические и экономические изменения, которые носят не только всеохватывающий, но и радикальный характер, при этом зачастую оказываются весьма противоречивы, становятся причиной различных кризисных явлений в развитии российской правовой системы, в том числе и в развитии источников права как ее составляющей.

Неоднозначность развития системы источников российского права, ее недостаточная эффективность в новых условиях обусловливают необходимость не только объективного научного анализа причин, вызвавших столь кардинальные изменения, но и выработки мер, позволяющих оптимизировать дальнейшее развитее системы источников отечественного права. Сложность решения обозначенной задачи предопределяется тем, что, будучи во многом обусловлено разрушением советской системы, развитие системы источников российского права также в значительной степени определяется глобализационными процессами, затронувшими в той или иной мере практически каждую из существующих правовых систем и предопределившими существенное сближение внешних форм выражения правовых норм в различных государствах мира. Влияние этих процессов на правовую сферу до сих пор остается малоисследованным и вызывает столько же споров, сколько и вопрос о сущности и содержании источников права.

Вместе с тем, следует учитывать и еще одно обстоятельство. Несмотря на интерес к проблеме источников современного российского права, отдельные ее аспекты остаются недостаточно изученными, и в первую очередь это касается практического действия источников. Внимание исследователей в основном сосредоточено на источниках права как способах организации правовой матери, целенаправленно применяемых либо санкционированных государством, при этом не учитывается, что феномен формализации норм права не имеет самостоятельного значения, является лишь предпосылкой их включение в регулирование правоотношений. А соответственно, главной характеристикой источников права является не их способность закреплять и выражать вовне нормативную волю, а их способность выступать в качестве источников общеобязательных правил поведения непосредственно для участников правоотношений и правоприменителей, причем их практической использование в этом качестве возможно только при условии их признания правосознанием. Представляется, что отказ от отождествления права только лишь с позитивным правом обусловливает необходимость отказаться от сложившихся еще в советской правовой науке методологических принципов анализа источников современного российского права и реализации именно обозначенного подхода в их исследовании.

1. **Понятия форм (источников) права**

Нельзя забывать о том, что в отечественной правовой системе законодательно понятие "источник права" не закреплено. Этот термин скорее носит скорее доктринальный характер, так как широкое его употребление в большинстве случаев связано с научными трудами, и лишь в достаточно редких ситуациях – с правоприменительной практикой. Интересно, что, несмотря на отсутствие общей дефиниции, большинство юристов в России оперируют изучаемым термином как чем-то устоявшимся, предельно ясным, общепризнанным. В результате понятие "источник права" для многих превратился в догму. А, как известно, догматы в любой сфере не могут подвергаться сомнению. Думается, что широкое распространение догматов обусловливается следующим: сомнение в совокупности с глубоким анализом очевидных, на первый взгляд, понятий могут привести к тому, что все, на чем держится некая система умозаключений, может оказаться либо пустым, либо даже ложным.

Упреждая анализ понятия "источник права", видится полезным обращением к вопросу о метафорах, который ранее был обойден правовыми науками.[[1]](#footnote-1) Сейчас появился интерес к этой проблеме. Причина интереса, на мой взгляд, в том, что право, несмотря на признание его материальных основ, категория все же в большей степени идеальная, причем связанная не только с общим социальным, но и с массовым и индивидуальным сознанием людей. А человеку свойственно отождествлять объекты реальной действительности с понятиями из сферы идеального. Такое неизбежно должно было привести и привело в реальности к выработке ряда особенностей юридического сознания, связанных с большой степенью его метафоричности. На начальном этапе познания человеком окружающего мира и себя в этом мире метафоры является полезным, а иногда и необходимым инструментом. Следует признать, что метафоричность отличает юридическое сознание от сознания в других сферах. На первый взгляд, наличие в правовой науке значительного числа метафор не только на первоначальных этапах противоречит естественному ходу истории. Ведь с развитием цивилизации первые во многом еще неразвитые представления должны отмирать, уступая дорогу новому и прогрессивному. В правовой же науке такой естественный процесс тормозится юридическим сознанием, обладающим очень высокой степенью консерватизма. В частности, большое число юридических терминов, возникших многие сотни лет назад, и выступавших в качестве метафор, не утрачивает своего значения в современных правовых науках.

Причин их выживаемости, вероятно, несколько. Во-первых, явление чья правовая природа была познана посредством метафоры, казалось бы, уже не требует нового, повторного постижения. Во-вторых, нужно принимать во внимание привычку, выработавшуюся в сознании людей, определенные явления отожествлять со строго определенными понятиями. В-третьих, нельзя не упомянуть закономерность, неповоротливость государственных институтов, ответственных за нормотворчество. Их деятельность носит не столько объективный, сколько субъективный характер. Государство заинтересовано в сохранении стабильной ситуации в обществе, в том числе, и их правоохранительных интересов.

Указанное противоречие в социуме разрешается так: об абсолютной неизменности правовых понятий, в том числе и метафорических, говорить не приходится, так в них со временем появляются новые стороны, частично меняется содержание. И все же эти изменения не настолько значимы, что утрачивается право утверждать о сохранении идентичности таких понятий в общем плане.

Все изложенное выше применимо к исследуемому термину. Сам термин "источник права", используется с древних времен. Это понятие, восходя к античному праву, в современных правовых системах используется в переведенном на русский язык виде.

Изначально для человечества понятие "источник", наверное, было тесно связано только с одним объектом реальной действительности – местом, откуда течет вода, то есть родником. В частности для римлян со словом "источник" были связаны определенные мистические и религиозные представления, в соответствии с которыми источник (Fons) был местом, где соединялись два мира. Первый - мир земной, населенный людьми, второй – подземный, где жили боги. Согласно мифологии Древнего Рима в непосредственной близости от источников проживали нимфы. По этим причинам источники были почитаемы, а находящиеся в близи них зачастую рощи объявлялись священными.[[2]](#footnote-2)

Считается, что первым, кто ввел в юридический оборот слова "источник права" как понятие-метафору, был Тит Ливий. Именно он написал, что –Законы ХII таблиц были "источником всего публичного и частного права" (fons omni publice privatique juris)[[3]](#footnote-3). Смысл этого выражения можно свести к тому, что законы ХII таблиц считались главной основой действующего права. Именно так и в таких выражениях этот древний памятник права и характеризуется в современной научной литературе.[[4]](#footnote-4)

Однако, нужно предположить, что для Тита Ливия понятие "источник права" несло в себе еще один смысл: связь божественного мира с земным. Это подтверждается, например тем, что в Древнем Риме законы вправе были толковать только жрецы.[[5]](#footnote-5) Этот скрытый смысл понятия, на мой взгляд, остался до настоящего времени, но, как думается, он трансформировался в конструкцию, согласно которой даже закон нельзя признать самодостаточным, существует определенный фактор (факторы), который не только определяет, но и в некотором смысле санкционирует закон. Вот когда появилась база для признания источниками права не только нормативно-правовых актов.

В современной теории права России укоренилась мысль о том, что право не есть только совокупность законов и иных правовых нормативных актов, право стоит за самими ними.[[6]](#footnote-6) Следовательно, как это не кажется парадоксальным, право является источником даже для закона.

Российская дореволюционная юридическая мысль была активна в исследовании вопроса о сущности понятия "источник права". В любом случае, начало дискуссии, развитых в социалистической и развиваемых в современной правовой теории, можно увидеть уже у дореволюционных ученых.

Так под источниками права Н.М. Коркунов понимал формы объективирования юридических норм, служащие признанием их обязательности. По мнению Н.М. Коркунова, значение понятия "источник права" в юридическом смысле заключалось, прежде всего, в том, что "… с его помощью всякий может определить наперед, с возможной точностью, при соблюдении каких обязательных правил он может быть обеспечен от притязания со стороны других…".[[7]](#footnote-7) Небезызвестным следует признать и отграничение понятия "источник права" от "силы творящей право" в связи с тем, что законодатель непроизвольно творит право. Источник права был признан Н.М. Коркуновым отличным от субъективного правового сознания, от понятия "природа вещей", "справедливость", и даже от "науки права" по причине невозможности признания мерой общеобязательности понимания самого по себе этих терминов и понятий, так как их понимание различными людьми неодинаково.

Г.Ф. Шершеневич считал, что "под именем источников права следует понимать формы выражения положительного права, которые имеют значение обязательных средств ознакомления с действующим правом". Он также призывал не допускать в техническом смысле смешения понятия об источниках права с другими понятиями, которые обозначаются этим выражением. В этом смысле речь шла об ограничении источников права от производительных сил, - народного правосознания и законодательной власти, от юридических памятников, а также от материала, положенного в основе закона (когда, например, говорят, что Литовский статус послужил источником при составлении Уложения Алексея Михайловича)[[8]](#footnote-8)

В другой работе Г.Ф. Шершневич писал, что название источника права издавна носят те формы, в которых выражаются нормы права. Отсюда у него следовал вывод о предпочтительности термина "форма права" перед широко употребляемым "источник права"[[9]](#footnote-9)

Примечателен и такой штрих. Иронизируя по этому поводу, Л.И. Петражицкий еще в начале ХХ века писал: "Если бы зоологи стали называть собак, кошек, и т.д. "источниками животных" и спорить по этому поводу, что такое источники животных, в каком отношении они они относятся к животным, представляют ли они формы создания животных, или основания их существования, или признаки их животной природы и т.д., то это бы представляло бы явления мысли, совершенно однородные с теми, которые имеются в теперешнем правоведении в области учения о таких называемых источниках права"[[10]](#footnote-10)

**2. Нормативно-правовые акты государства.**

Основной перечень нормативных правовых актов, являющихся источниками права Российской Федерации, закреплен конституцией Российской Федерацией.[[11]](#footnote-11) Приоритет над всеми нормативными правовыми актами имеет непосредственно Конституция Российской Федерации, далее, в соответствии с юридической силой, следуют федеральные конституционные законы, федеральные законы, регламенты и другие нормоустанавливающие постановления палат Федерального Собрания РФ, указы Президента РФ, постановление правительства РФ, подзаконные нормативные акты отраслевых федеральных органов исполнительной власти, имеющие нормативный характер постановления высших федеральных судов, международные договоры и соглашения РФ, договоры о различении предметов ведения между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ, конституции, уставы и другие нормативные акты субъектов РФ, договоры между субъектами РФ.[[12]](#footnote-12)

Конституция является нормативным правовым актом высшей юридической силы, законом законов, и ее верховенство закреплено в правовой системе Российской Федерации.

Требование непротиворечия любых нормативных правовых актов Конституции Российской Федерации – важное условие сохранения единства и стабильности правовой системы, построения правового государства. Дела по проверке на соответствие Конституции РФ федеральных законов, нормативных актах Президента, Совета Федерации, Государственной думы, Правительства, конституцией республик, уставов, а также законов и иных нормативных актов субъектов Федерации, изданных по вопросам исключительного ведения Федерации и совместного ведения Федерации и ее субъектов, относятся к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации.

Основным и наиболее используемым источником права в Российской Федерации является нормативный правовой акт. Под нормативным правовым актом понимается изданный в установленном порядке акт управомоченного на то органа государственной власти; органа местного самоуправления или должностного лица, устанавливающий правовые нормы (правила поведения), обязательные для неопределенного круга лиц, рассчитанные на неоднократное применение и действующие независимо от того, возникли или прекратились конкретные правоотношения, предусмотренные актом.[[13]](#footnote-13)

Существует зависимость формы нормативного правового акта от его нормативного содержания. Конституцией Российской Федерации определена система нормативных правовых актов, принимаемых (издаваемых) в форме законов, указов, постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций, положений. Законодательством также определяется порядок принятия внесения изменений в нормативные правовые акты; указывается, какой орган в соответствии с какой процедурой издает тот или иной нормативный правовой акт.

Преимущества нормативных правовых актов как источника права перед остальными источниками права определены организационными, техническими и иными аспектами их принятия. Принимаются нормативные правовые акты государственными органами, отражают общественные интересы, считаются лучшим способом оформления устоявшихся норм в силу своей четкости и определенности. На него, как подмечают теоретики и практики, легко ссылаться при разрешении дел, вносить необходимые коррективы, контролировать его исполнение.[[14]](#footnote-14)

Общей теорией государства и права определено, что правовой акт как родовое понятие включает как нормативные (правотворческие), так и ненормативные (правоприменительные) акты. По моему мнению, на правовые акты ненормативного характера следует также обратить внимание, поскольку юридические последствия их принятия и функционирования имеют существенный вес в российской правовой действительности. Природа и знание ненормативного правового акта обозначена в самом определении – акт, не содержащий нормативных признаков – индивидуально-разовый, индивидуально-определенный и организационно-распорядительный, устанавливающий, изменяющий или отменяющий права и обязанности конкретных лиц. Следует отметить, что ненормативные акты могут иметь и несколько иные юридические последствия, "поскольку нормативные акты устанавливают обязательные правила поведения для неопределенного круга лиц, рассчитаны на многократное применение, отрицательные последствия принятия нормативного акта, противоречащего требованиям права, неизмеримо возрастают по сравнению с принятием такого же индивидуального акта"[[15]](#footnote-15)

Несмотря на многочисленные различия, ненормативные правовые акты, также как и нормативные, являются источниками права. Порядок рассмотрения дел об оспаривании ненормативных правовых актов регламентировано главой 24 АПК РФ, а в иных случаях главой 25 ГПК РФ. Так, например, при получении решения налогового органа о привлечении к налоговой ответственности по результатам проверки или требования об уплате налога, его можно оспорить и в последствии признать недействительным, избежав тем самым юридических последствий его принятия.

Особое, главенствующее, место среди форм и источников права занимает закон – нормативный правовой акт, принимаемый органом законодательной власти или непосредственно народом путем референдума, обладающий высшей юридической силой и содержащий первичные правовые нормы по вопросам регулирования наиболее значимых общественных отношений.[[16]](#footnote-16)

Следует отметить, что нормативные правовые акты являются как источниками прав вообще, так и источниками социальной науки в частности. Социальные науки, изучающие общественные отношения и урегулированные правом в комплексе, образуют систему юридических наук, правовой платформой которых также выступает нормативный правовой акт.

**3. Судебный и административный прецедент.**

Вопросы соотношения судебной практики и судебного прецедента, являются юридически тонкими и подчас сложными, тем более, что от их решения зависит правоприменительный процесс, а значит и судьба тех субъектов права, в отношении которых данный процесс осуществляется.

Судебный прецедент – это такое решение суда по конкретному делу, которое подсказывает другим судьям, какое решение следует принять при разрешении аналогичных дел в будущем. "Прецедент" означает ничто иное, как судебное дело, т.е. такое процессуальное производство, которое может (гражданское дело) или должно (уголовное дело) завершиться судом, либо разбирательство того или иного дела непосредственно в судебном заседании[[17]](#footnote-17).

Между судебной практикой и судебным прецедентом существуют тонкие грани различия. К таким различиям можно отнести:

* Прецеденты устанавливаются только высшими судебными инстанциями, а не всеми судами. Судебная практика является результатом деятельности судей различных ступеней судебной системы. (Анализ правовой природы разъяснения Пленума Верховного суда РФ по вопросам судебной практики по уголовным делам целесообразно ограничить лишь анализом степени обязательности таких разъяснений для нижестоящих судов);
* Прецедентами могут быть только те судебные решения, которые помимо постановляющей, определяющей частей состоят из основания решения (положения или принципа, или основы, на которой принимается решение) – той части решения, которая излагает норму и носит обязательный характер, и той части решения, которое именуется – заявление, относящееся к вопросу, не являющемуся предметом решения и носит убедительный характер.

Структура судебных решений, входящих в судебную практику носит более упрощенный ("стандартный") характер. Судебное решение должно содержать три компонента: постановляющую часть, определяющую часть и собственно решение. В постановляющей части решения излагаются установленные по делу факты, прямые и косвенные доказательства. В определяющей части решения содержатся правовые принципы, в соответствии с которыми надлежит решить правовую проблему, лежащую за конкретными фактами дела. Собственно решение суда по существу представляет собой выводы, которые делает суд на основании применения положений права к фактам, обнаруженным в данном деле. Иными словами собственно решение судебного прецедента состоит из двух частей: нормы права и дополнительной, аргументирующей части. А собственно решение судебного решения содержит выводы по фактам;

* Основание решения может применяться в качестве прецедента, когда судьи договорились об этом, и факты, изложенные в деле, совпадают с фактами дела, в решении по которому было установлено основание решения. Это правило судебного прецедента указывает на степень его юридической силы. Судебная практика, в отличии от судебного прецедента, по общему правилу не обладает обязательной силой, и носит характер официального акта толкования, призванного обеспечить единство правоприменительного процесса.

Таким образом, понятие судебный прецедент и судебная практика не однозначны как в отношении этимологии этих понятий, из правовой природы, так и в отношении правовых последствий их применения.

Долгое время в научных кругах ведется дискуссия о признании источником права судебного прецедента, написано немало трудов на эту тему. Однако до сих пор не существует ни одного монографического или диссертационного исследования, посвященного всестороннему анализу административного прецедента. При этом многие правоведы называют (как правило, этим и ограничиваются) административный прецедент среди источников права в учебной литературе и в научных статьях.[[18]](#footnote-18)

Вместе с тем нельзя сказать, что административный прецедент является совершенно новым явлением в правовой жизни зарубежных стран и России. Так уже в практике государственного управления Киевской Руси различались две формы правительственной деятельности по созданию права: судебно-административная практика, создавшая по отдельным случаям решения – прецеденты, которые при применении к ряду новых сходных случаев обобщались и вырастали до значения новых норм права; уставная деятельность, прямо создавшая новые нормы в руководстве этой практикой.[[19]](#footnote-19) Появление своего рода протоорганов административной юстиции связывается с созданием в России системы приказов ХVl веке, причем приказы совмещали в себе как судебные, так и административные функции, но специализированным органом административно-судебного контроля за законностью в государственном управлении был Челобитный приказ, а высшей апелляционной инстанцией выступала Боярская Дума. В императорской России некоторые функции административной юстиции исполняли Сенат, Прокуратура, служба генерал-рекетмейстера и т.д.[[20]](#footnote-20)

Административный прецедент как решение по конкретному делу, используемое в качестве образца при рассмотрении схожих ситуаций, играет существенную роль в упорядочении правоприменительной практики, содействует оперативному разрешению социальных конфликтов в отсутствие или при неопределенности их законодательной регламентации. Выявление места и значения данного вида прецедента в системе регуляторов общественных отношений является актуальной задачей теории права.

Основной задачей административного прецедента, как и любого иного источника права, является создание определенных правил поведения. Правоположения, содержащиеся в административных прецедентах, в общем виде представляют собой концентрированное выражение административной юридической практики, в силу этого они в состоянии содействовать оперативному разрешению правовых споров и управленческих вопросов. Нередко практика нуждается в административном прецеденте не только потому, что имеются правовые затруднения в рассмотрении административных споров, но и в силу их социально-политической значимости. В таких случаях сам факт принятия определенного решения воспринимается правоприменителями как своеобразное дозволение на разрешение определенной категории дел.[[21]](#footnote-21)

Отдельные ученые считают административный прецедент является одним из рычагов управления в недемократических государствах, выраженном в форме "акта поведения должностного лица, который является образцом для поведения подчиненных"[[22]](#footnote-22) Однако, как представляется, использование термина "прецедент" применительно к описанию процессов, происходящих в политической сфере жизни общества является не вполне корректным. Прецедент, прежде всего, является результатом разрешения конкретного правового вопроса, а не мерилом валюнтаристких иерархических взаимоотношений внутри системы государственного управления.

Можно выделить три основные формы выражения административного прецедента.

Во-первых, административный прецедент может содержаться в актах административных, юрисдикционных "квазисудебных" органов, направленных на разрешение конкретных дел, спорных жизненных ситуаций.

Во-вторых, в отдельных актах высших органов исполнительной власти встречаются указания о том, каким образом следует понимать соответствующие законодательные нормы и разрешать дела определенной категории.

И, в-третьих, можно признать наличие некоторых признаков административного прецедента в отдельных решениях нижестоящих органов исполнительной власти, исполнительных органов местного самоуправления в тех случаях, когда они создают образец для разрешения последующих дел, имеют значение для последующей правоприменительной практики по конкретному вопросу. В этой связи следует отметить, что отношение к прецедентному характеру данной группы актов может быть далеко неоднозначным. Ведь именно на "низовом" уровне исполнительной власти велика возможность появления всякого рода злоупотреблений и нарушений законности. Представляется, что создание прецедентных норм на этом уровне является крайне редкой, вынужденной мерой устранения правовой неопределенности.

Действие прецедентной правовой нормы, как правило, ограничено рамками обстоятельств конкретного административного дела, обладающего общими сходными чертами с ранее разрешенной спорной ситуацией.

Административный прецедент чаще всего регламентирует поведение уполномоченных административных органов, должностных лиц, принявших соответствующее управленческое решение и обязанных его исполнять.

В общем виде административным прецедентом можно признать правоположение, сформулированное в акте органа исполнительной власти или "квазисудебного" органа административной юстиции в процессе разрешения конкретного правового вопроса при отсутствии или неопределенности его законодательной регламентации и служащее образцом для разрешения последующих однородных административных дел.

1. **Правовой обычай**

Возрождение роли обычно-правовых норм началось и происходит по сей день, как минимум, по трем направлениям. Первое тесно связано с текстом ч.4 ст. 15 Конституции РФ, в соответствии с которым общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются частью ее правовой системы[[23]](#footnote-23). Дело в том, что международно-правовые обычаи, всегда являлись нормами международного права, а иногда и общепризнанными принципами. Значит, теперь они являются нормами прямого действия на всей территории РФ и распространяются на всех субъектов, находящихся под ее юрисдикцией. Второе направление – это то, что ГК РФ в ст. 5 зафиксировал идею применения обычаев в отношениях цивилистического характера. Действие обычно-правовых норм в современном гражданском праве России, как известно, ограничено рамками обычаев делового оборота. В силу этого понятия "обычай делового оборота" видится вполне оправданным, хотя и не без некоторого сожаления в части сферы действия: желателен вариант с признанием обычаев как таковых и только в гражданском праве, но и в трудовом. Из смысла ст. 6 ГК РФ вытекает требование об обязательности применения имеющихся обычаев делового оборота в случае, если суд или другой правоприменительный орган обнаружит нормативно-правовую пробельность в регулировании того или иного круга предпринимательских отношений. Это правило, с одной стороны, еще больше сужает сферу действия обычаев делового оборота, а с другой – упорядочивает их применение. Третье направление характеризует сложно определяемый процесс естественного формирования правовых обычаев в деятельности субъектов российского права, появляющийся, главным образом, в судебной практике, в том числе при рассмотрении трудовых споров.

Это, пожалуй, самая дискуссионная часть данного исследования, потому, что многое из того, что буде показано, не признавалось ранее, а теперь признается лишь отчасти и изучается немногими. Существование обычаев в России являлось и является проблемой не только потому, что лица, реально создающие юридическую практику в стране, достаточно мало таких обычаев знают и редко их применяют. Другая, более важная причина заключается в том, что в России привыкли всегда искать законодательную норму, в крайнем случае, любую иную писанную норму права, не веря, что ссылка на обычай даст достаточное формальное обоснование урегулирования отношения.

Думается, что следует поддержать более радикальную идею, нацеленную на повышение роли обычая как источника права. Обращает внимание то, что ряд авторов (среди которых стоит выделить С.А. Иванова, В.С. Нерсесянца, Т.Н. Нешатаеву[[24]](#footnote-24)) обсуждают проблему нормативного характера судебной практики. Однако, в большинстве ситуаций реально здесь присутствует деятельность суда по санкционированию, закреплению правовых обычаев, которая здесь и принимается за нормотворческую функцию судов РФ, другие, не без оснований, говорят о правотворческой роли суда. Но привычка к писанному праву в России настолько сильна, что, сталкиваясь с разрешимыми на основе обычаев проблемами, в теории и на практике обычно проходят все-таки мимо правового обычая.

Нельзя не отметить большой интерес к данной проблеме в других отраслях российского права, в частности, теории и истории государства и права, гражданском праве. Встречается суждение о решениях Конституционного суда РФ как об источниках права (конституционных ситуационных нормах, то есть, фактически судебных прецедентах)[[25]](#footnote-25). Когда же в науке речь идет об обычаях, то судебная практика и прецеденты, почти всегда, как бы остаются в стороне. В частности, есть точка зрения, что судебный способ санкционирования правового обычая не позволяет сохранить своеобразие обычая как источника права, так как в этом случае суд не применяет, а сам создает право, что в итоге приводит к поглощению обычая судебным прецедентом[[26]](#footnote-26). Не считаю возможным согласиться с обеими позициями указанных авторов.

Что касается общего понятия правового обычая как источника российского права, то можно сформулировать его следующее определение: правовой обычай – это правило поведения, сложившееся и широко применяемое в области соответствующих отношений, не предусмотренное нормативными правовыми актами, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо юридическом документе, обладающее четко определенным содержанием, санкционированное государством в качестве правового.

**Заключение**.

Завершая исследование, полагаю целесообразным еще раз обозначить основные выводы, которые позволил сделать проведенный анализ:

1. На протяжении всей истории разработки категория "источник права" рассматривается как многозначная, причем традиционно в отечественной правовой науке, во-первых, ведутся споры относительно допустимости употребления ее в тех смыслах, в которых она используется (для обозначения факторов, порождающих право, лежащих в его основе; внешних форм объективации правовых норм и т.д.), во-вторых, осуществляются попытки конкретизировать понятие "источники права", разграничить различные его значения посредством введения таких понятий, которые бы отражали его различные смыслы ("нормативный факт", "основа права", "форма права" и т.д.). При этом несмотря на то, что дискуссия вокруг источников права в отечественной правовой науке имеют весьма давнюю историю, наиболее проблемные вопросы – о сущности источников права и их содержания – так и не получили однозначного решения.
2. Вопрос об источниках права принципиально не решаем в контексте позитивистского подхода к пониманию права. Реально, на практике функциональные проявления права гораздо богаче и разнообразнее, чем регулирующее действие норм, исходящих от государства, и источниками правил поведения, критериев правомерности поведения для правопользователей зачастую становятся и иные, помимо официально установленных либо санкционированных государством, источники. Соответственно, источники права как регулятора общественных отношений не исчерпываются формами выражения вовне нормативной государственной воли, в действительности они гораздо богаче и разнообразнее, чем установленные государством и (или) санкционированные им.
3. Реально действующими источниками права выступают не только формы закрепления правовых норм, признаваемые государства, но и вообще любые формы фиксации, объективации правовых норм, из которых участники правоотношений на практике реально черпают обязательные для них правила поведения, рассматривая их как критерии правомерности поведения, и которые выступают основой правоприменительных решений. Формальное непризнанием государством того или иного источника не может обусловливать его неприменение на практике, однако, оно все же зачастую порождает трудности в практической реализации закрепленных в таком источнике норм.
4. Формирование и развитие системы источников права представляют собой объективно-субъективный процесс, опосредованный, с одной стороны, объективными условиями общественного развития, с другой стороны, правотворческой деятельностью государства. В этой связи на практике система реально действующих источников права по объективным причинам ни содержательно, ни структурно не совпадает и (или) санкционированных государством.
5. Нормируя источники права, государство устанавливает иерархические связи между ними, при этом они не обязательно образуют целостную систему, могут существовать просто как совокупность. Реально действующие источники представляют собой целостную органическую систему, в рамках которой источники могут различаться своей значимостью в регулировании общественных отношений, однако, не являются строго иерархическими.
6. Развитие системы источников российского права на современном этапе в значительной степени определяется включенностью российской правовой системы в общемировые глобализационные процессы. При этом заимствование западных правовых ценностей, институциональных моделей и образцов построения системы источников права представляет собой лишь одну из тенденций в развитии источников современного российского права, другая тенденция – противостояние системы реально действующих источников права процессам конвергенции, стремление сохранить присущие ей национальные особенности, обусловленные географическими, этническими, духовно-культурными и иными факторами.
7. Совершенствование формальных основ построения системы источников современного российского права представляет собой лишь одну из возможностей оптимизации системы источников российского права. При этом она может быть эффективна только при условии, если наряду с изменением формальных основ построения системы источников права будут предприняты конкретные шаги по изменению самого контекста формирования и функционирования системы реально действующих источников.

**Нормативно правовые акты РФ.**

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) // Российская газета. 1993. 25 дек.
2. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.01. г. N 197-ФЗ // Рос. Газета, 2001. 31дек.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.01 г. № 146-ФЗ // Рос. Газета. 2001. 28 ноября.
4. Постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 20 января 2003 г. № 2 "О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации". Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 2003, № 3.

**Литературные источники.**

1. Александров Н.Г. Понятие источника права // Учен. Зап. ВИЮН. М., 1946. вып. Vlll.
2. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 Т. М., 1981. Т.1.
3. Балгай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 2005
4. Безина А.К. Никитинский В.И. Судебная практика и трудовое право // Судебная практика в советской правовой системе. М., 1975.
5. Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996.
6. Иванов С.А. Судебные постановления как источник трудового права // Судебная практика как источник права. М., 1997
7. Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине // Вестник ВАС РФ. 2000. №5.
8. Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права. М., 1997.
9. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 2. СПб., 1907.
10. Рубанов А.А. Понятие источника права кА проявление метафоричности юридического сознания // Судебная практика как источник права. М., 1997.
11. Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М., 2001.
12. Шебанов А.Ф. Форма советского права. М., 1968.
13. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1911.
14. Романов А.К. Правовая система Англии – М., 2000.
15. Труфанов М.Е. Проблема правоисполнения при применении норм административного права // Российский следователь. 2005. №9.
16. Хропанюк В.Н. Теория государства и права // Под ред. Стрекозова. В.Г. М., 1997.
17. Денисов С.А. Официальное и реальное государственное (конституционное) право // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 20.
18. Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. О.Е. Кутафин. М.: Большая Российская энциклопедия, 2002. 559 с.
19. Жилин Г.А. Судебное признание юридических актов недействительными по заявлениям прокуроров. Комментарий судебной практики. Вып. 5. М., 1999. С. 105.
20. Общая теория права. Учебник / Дмитриев Ю.А., Карамзин И.Ф., Лазарев В.В., Лейст О.Э., и др. / Под общ. Ред.: Пиголкин А.С. – 2-е изд., перераб. И доп. М.: Изд-во МГТУ им. Баумана, 1996. 384 с.

1. Хотя надо отметить и ряд исключений. Так, один из отцов-основателей науки трудового права в нашей стране Н.Г. Александров в 1946 г. Написал, что понятие источника права в юридическом смысле противоречит прямому смыслу термина "источник", которым обозначено то, из чего возникает интересующее нас явление. См.: Александров Н.Г. Понятие источника права // Учен. зап. ВИЮН. М., 1946. вып. Vlll. С.51 [↑](#footnote-ref-1)
2. Рубанов А.А. Понятия источника права как появление метафоричности юридического сознания // Судебная практика как источник права. М., 1997. С.46. [↑](#footnote-ref-2)
3. Livius. Ab urbe condita. 3.34. Цит. По: РУбанов А.А. Понятие источника … С.46. [↑](#footnote-ref-3)
4. Шебанов А.Ф. Форма советского права., 1968. С 32-33; См также: Рабанов А.А. Понятие источника … С.46. [↑](#footnote-ref-4)
5. Дождев Д.В. Римское частное право., 1996. С. 18-22. [↑](#footnote-ref-5)
6. См. например: Алексеев С.С. Государство и право. М, 1993. С.50. См. также: Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994.С.69,78; Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М.,2001.С.202. [↑](#footnote-ref-6)
7. Кокунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1883. С.283. См. также: Хвостов В.М. Общая теория права. Элементарный очерк. М., 1914. С.85; Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. М., 1917. С.93-95. [↑](#footnote-ref-7)
8. Шершеневич. Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 года). М.,1995.С.36. [↑](#footnote-ref-8)
9. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1991.С.378-380. [↑](#footnote-ref-9)
10. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т.2. СПб.,1907. С.513. [↑](#footnote-ref-10)
11. "Российская газета" от 25 декабря 1993 г., № 237. [↑](#footnote-ref-11)
12. Большой юридический словарь. 3-е изд., доп. И перераб. / Под ред. Проф. А.Я. Сухарева.- М.: ИНФА-М, 2007. – VI, 858 с. СМ. Приложение 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. Постановление Пленума Верховного суда РФ от 20 января 2003 г. № 2 "О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, 2003, № 3. [↑](#footnote-ref-13)
14. См.: общая теория права / Отв. Ред. Пиголкин А.С. М., 1994. С. 174. [↑](#footnote-ref-14)
15. Жилин Г.А. Судебное признание юридических актов недействительными по заявлениям прокуроров. Комментарий судебной практики. Вып. 5. М., 1999. С. 105. [↑](#footnote-ref-15)
16. Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. Кутафин О.Е. – М.: Большая Российская энциклопедия, 2002. С. 228. [↑](#footnote-ref-16)
17. Романов А.К. Правовая система Англии. – М.: Дело, 2000. – С.162. [↑](#footnote-ref-17)
18. См., напр.: Алексеев С.С. Государство и право. М., 1994. С.84-85; Теория государства и права: Курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 1997. С. 332; Хропанюк В.Н. Теория государства и права // под ред. Стрекозова В.Г. М., 1997. С. 185. [↑](#footnote-ref-18)
19. См. Пресняков А.Е. Лекции по русской истории. Киевская Русь. М., 1993. С. 413. [↑](#footnote-ref-19)
20. См.: Артаманов А.Н. Формирование и развитие органов административной юстиции в России // Автореыерат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2004. С.20-21. [↑](#footnote-ref-20)
21. См.: Труфанов М.Е. О сущьности административной правоприменительной политики // Сборник научных трудов юридического факультета СевКавГТУ. Выпуск 7. Ставрополь, 2005. С. 68. [↑](#footnote-ref-21)
22. Денисов С.А. Официальное и реальное государственное (конституционное) право // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 20. С. 9. [↑](#footnote-ref-22)
23. См.: Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. М., 2005. С. 123-124; Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. М., 2003. С. 147. [↑](#footnote-ref-23)
24. Иванов С.А. Судебные постановления как источник трудового права // Судебная практика как источник права. М., 1997; Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право (о правоприменительной природе судебных актов) // Судебная практика как источник права. М., 1997; Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права – судебном прецеденте и доктрине // Вестник ВАС РФ. 2000. № 5. См. также: Безина А.К., Никитенский В.И. Судебная практика и трудовое право // Судебная практика в советской правовой системе. М., 1975; Реутов В.П. Юридическая практика и развитие законодательства: Дис…канд.юрид. наук. Свердловск, 1968; Ершова Е. Судебная практика рассмотрения трудовых споров. [↑](#footnote-ref-24)
25. См.: Дорохова А.Б. Роль судебного прецедента в правовой системе (сравнительно-правовой анализ): Автореф. Дис…канд. юрид. Наук. М., 2001. С.13, 24. [↑](#footnote-ref-25)
26. См.: Поротиков А.И. Обычаи в гражданском праве Российской Федерации: Автореф. Дис… канд. Юрид. Наук. М., 2001. С.8. [↑](#footnote-ref-26)