



«ИСТОЧНИКИ ПРАВА»

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА



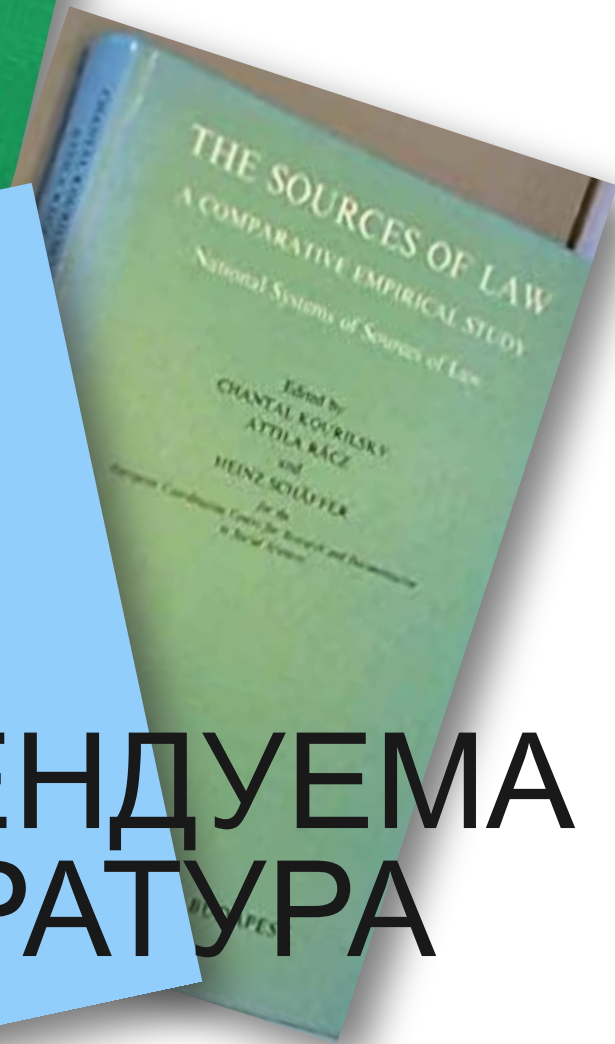
МГИМО
МИД РФ

Кафедра ТЕОРИИ ПРАВА
И СРАВНИТЕЛЬНОГО
ПРАВОВЕДЕНИЯ

канд. юрид.
наук, доцент

alena_trikoz@mail.ru

ТРИКОЗ
ЕЛЕНА НИКОЛАЕВНА



РЕКОМЕНДУЕМАЯ ЛИТЕРАТУРА

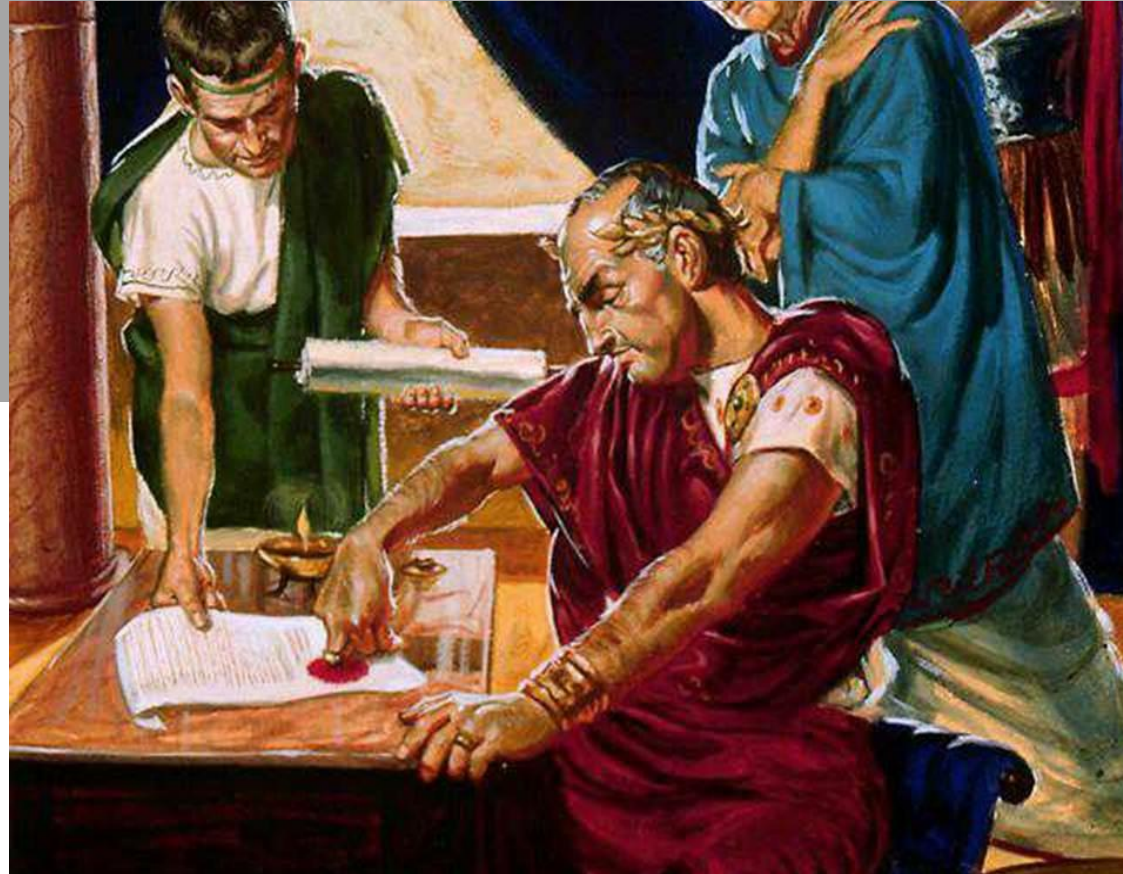
Впервые латинский термин «*fons*» («родник», «ключ» или фонтан) был введён в юридический оборот древнеримским историком **Титом Ливием**, составившим знаменитую формулу: «источник всего публичного и частного права» (лат. *fons omnis publici privatique juris*)

«Все народы, - писал римский **юрист Гай**, управляются на основании **законов и обычаев**, пользуются частью своим собственным правом, частью правом, общим для всех людей».

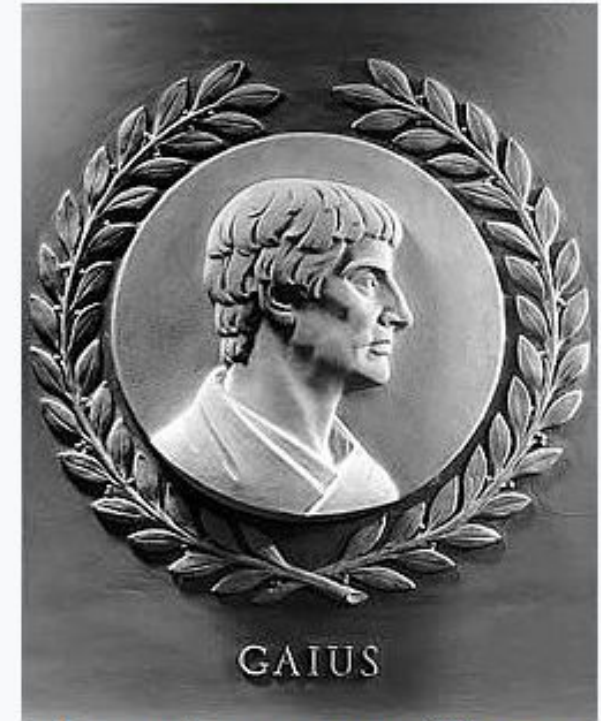
Titus Livius



Дата рождения 59 до н. э.



лат. Gaius



Барельеф в зале заседаний Палаты представителей Конгресса США

Дата рождения прибл. 120-е

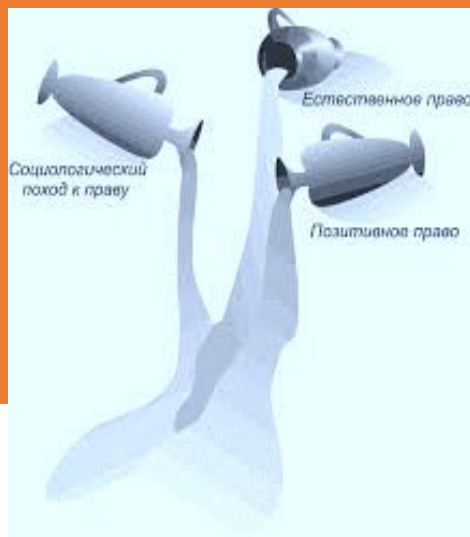
Дата смерти прибл. 180

- Источник права в **генетическом смысле** отвечает на вопрос: откуда берется право, что обуславливает его возникновение?
- Источник права в **юридическом смысле** означает способ внешнего выражения содержания правовой нормы, при помощи которой она получает общеобязательное значение.

ФОРМА права
=
то, как право «выглядит».



ИСТОЧНИК права
=
то, откуда право «происходит».



Этимологически слово «источник» понимается как «начало», «основание», причина, корень, «исходная точка, из которой что-то проистекает, рождается, происходит»
(В. Даль)

ИСТОЧНИК vs. ФОРМА ПРАВА

**ЭТИМОЛОГИЯ И
ЗНАЧЕНИЯ**

Г.Ф. Шершеневич отмечал, что под термином «**источник права**» понимаются:

- а) **силы, творящие право**. Например, источником права считают «волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть»;
- б) **материалы**, положенные в основу того или иного **законодательства**. Этот смысл источника права используется например, тогда, когда констатируют, что римское право послужило источником при подготовке Германского кодекса или что труды ученого Потье использовались при разработке Кодекса Наполеона;
- в) **исторические памятники**, которые «когда-то имели значение действующего права». Например о таких правовых памятниках, как об источниках права говорят, когда при исследовании используют Corpus juris civilis, Русскую Правду и т.п.;
- г) **средства познания** действующего права. Этот смысл источника права используется, когда говорят, что право можно познать из закона.

По мнению Шершеневича, разнообразие значений, придаваемых выражению «источник права», вызывает необходимость обойти его и заменить другим выражением – **формы права**. «Под этим именем следует понимать различные виды права, отличающиеся по **способу выработки содержания норм**».



Категория «**источник права**» может использоваться в (1) идеологическом, (2) материальном и (3) формально-юридическом смысле.

В связи с последним возникает проблема соотношения категории «источник права» со смежными понятиями «*форма права*» и «*правовая форма*».

общекультурный смысл

практический смысл

узкоспециальный
смысл

ТРИ СМЫСЛА ПОНИМАНИЯ «ИСТОЧНИК ПРАВА»

образность и
конвенциональная условность
термина
«источник права»

Право является формализованным и закрепляется в определенных формах, как **специфических резервуарах** юридических норм, которые упорядочивают содержание, текстуально закрепляют и придают юридическую обязательность. В этом смысле «форма права» тождественна **юридическому источнику** или «источнику правовых норм».



Источник права – это *официально признаваемые государством специфические способы внешнего выражения и закрепления (изменения или отмены) общеобязательных правил поведения, придания им юридической силы и качества необходимого основания правоприменительных актов.*

*** КОМПЛЕКСНОЕ ОПРЕДЕЛЕНИЕ «ИСТОЧНИКА ПРАВА» ПРЕДПОЛАГАЕТ, ЧТО В НЕГО ВКЛЮЧЕНЫ КАК СОСТАВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ: ПРАВОВОЕ СОЗНАНИЕ, ФОРМАЛИЗОВАННОЕ ПРАВО И ФАКТИЧЕСКИЕ ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ**

источники права

в **позитивистском смысле** (официальные источники) и в **социологической традиции** (фактические источники)

выделяют три уровня источников права

доктринальный

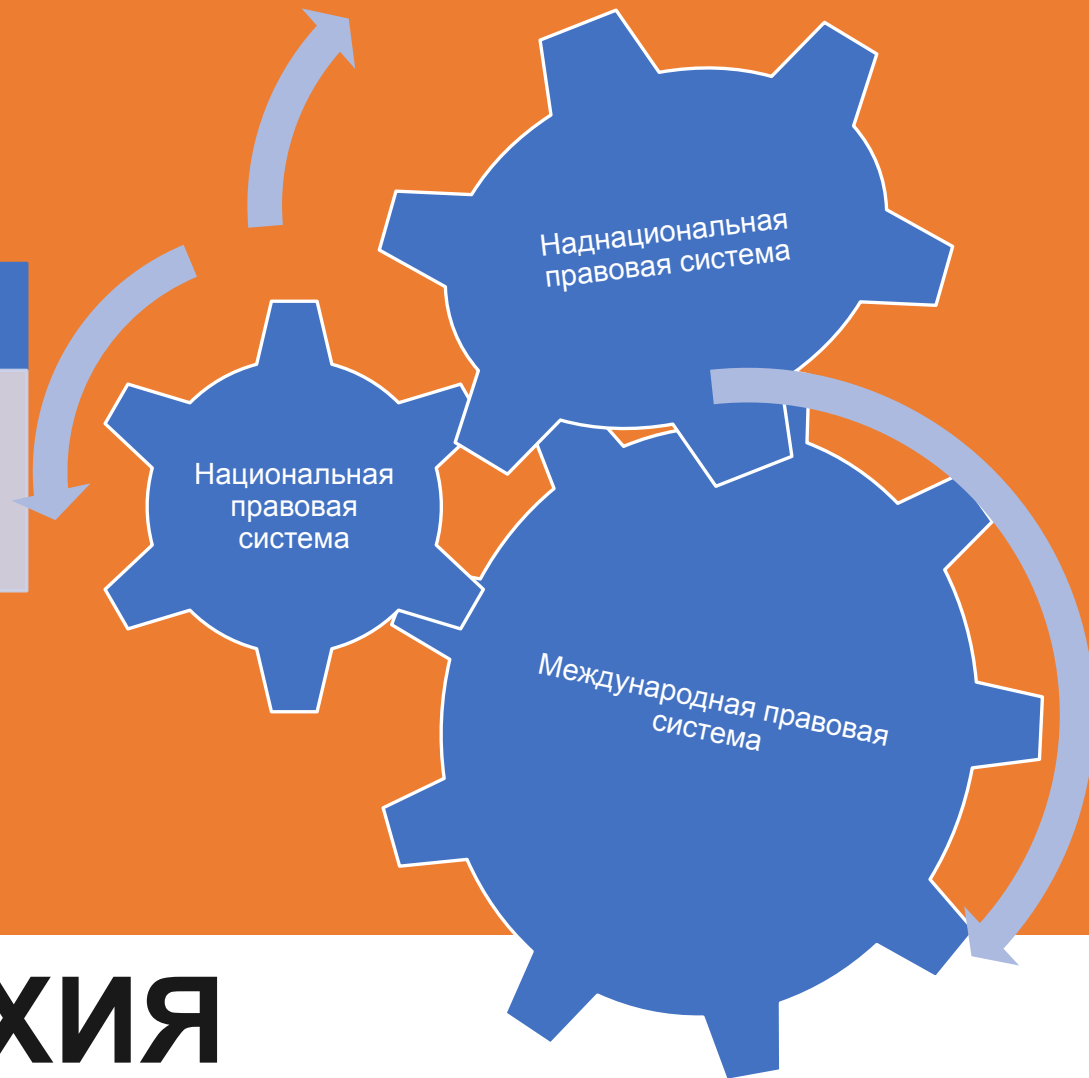
- юридическая доктрина
- принципы права

нормативный

- нормативный правовой акт
- международный договор

социологический (правореализационный)

- прецедент / судебная практика
- нормативный договор
- правовой обычай



ТИПОЛОГИЯ И ИЕРАРХИЯ ФОРМАЛЬНЫХ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

Иерархия источников зависит

- от типа правовой семьи,
- от правовой подсистемы (международное, *наднациональное* и национальное право)

Статья 38 Статута Международного Суда ООН в п. 1 закрепляет применяемые судом **источники права**.

В дополнение к ним п. 2 ст. 38 предоставляет Суду право «разрешать дело ***ex aequo et bono***, если стороны с этим согласны».

«Суд применяет...

- а) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;
- б) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;
- с) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;
- д) с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

Иерархия норм МП

Не предвещает вопроса применимости конкретных норм

- Нормы *jus cogens*
- обязательства *erga omnes* (в узком понимании);
- Устав ООН (ст.103) «*В том случае, когда обязательства Членов Организации по настоящему Уставу окажутся в противоречии с их обязательствами по какому-либо другому международному соглашению, преимущественную силу имеют обязательства по настоящему Уставу*»
- Обычные нормы, договорные нормы

ФОРМАЛЬНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАВОВОЙ ПОДСИСТЕМЫ

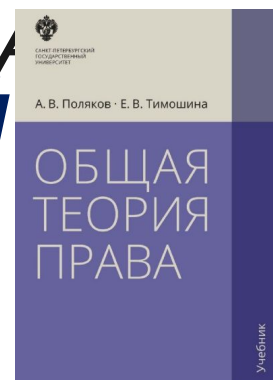


Формально-юридические источники – это официальные внешние формы права данного государства, в которых находят свое словесное закрепление (письменное, устное или электронное) *правила поведения*, получающие тем самым общеобязательную юридическую силу и формально правовую определенность.

В национальной подсистеме формальные источники права делятся на *основные* (приоритетные, регулярные) и *дополнительные* (субсидиарные, восполняющие).



ФОРМАЛЬНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ ПОДСИСТЕМЫ



Виды текстуальных источников права

- мифы (мифология),
- правовые обычаи,
- судебные прецеденты,
- судебная и административная практика,
- правовые доктрины,
- священные книги,
- правовые акты – автономные (договоры) и гетерономные (законы и подзаконные акты).

Основным источником права в РФ является нормативно-правовой акт

Иерархия нормативно-правовых актов в РФ

- Конституция РФ;
- федеральные конституционные законы;
- Федеральные законы;
- Нормативные указы Президента РФ;
- Постановления Правительства РФ;
- нормативные акты министерств и ведомств РФ;
- Законы субъектов РФ;
- Подзаконные акты органов власти субъектов РФ;
- Локальные нормативные акты.

Это главная подсистема источников российского права, но есть иные формальные источники, которые относятся к дополнительным внешним формам выражения правовых норм:

- общепризнанные принципы и нормы международного права,
- международные договоры РФ,
- правовой обычай,
- судебная практика,
- внутригосударственные договоры и соглашения нормативного содержания.



ФОРМАЛЬНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ

Влияние правовой традиции европейской континентальной семьи, и эволюции форм права в Российской империи и Советском Союзе.

Характерные



- издается компетентным субъектом как односторонний акт (в отличие от нормативных договоров)
- особая процедурная форма
- неограниченный круг субъектов применения и дата действия
- отмена и прекращение только самим правотворческим органом

признаки НПА



- общерегулирующая значимость предмета и наличие общих правовых норм
- не имеет казуистического или неопределенного характера
- форма официального документа с реквизитами
- иерархической соподчинённость и различная юридическая сила



НОРМАТИВНЫ И ПРАВОВОЙ АКТ

Признаки нпа

Отличается от более широкой категории «правовой акт»



ИЕРАРХИЧЕСКИЕ СВЯЗИ в системе формальных источников права:

А) **связи вертикальной субординации** позволяют провести ранжирование «по вертикали», выстроив своего рода пирамиду источников права;

Б) **связи горизонтальной координации** обеспечивают соотношение внутри национальной системы источников актов международного и внутригосударственного права, нормативных правовых актов и нормативных договоров, и др.

ВЕРХОВЕНСТВО О КОНСТИТУЦИИ

О приоритете российской Конституции над решениями межгосударственных органов



В новой редакции ст. 79 указано, что решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров России и противоречащие Конституции РФ, не подлежат исполнению.

- *федеральный уровень*
- *уровень субъектов федерации*
- *уровень муниципальных образований*
- *ведомственные источники*
- *источники местных органов управления*
- *источники органов самоуправления*

| Основа классификации | Виды НПА |
|---|---|
| Орган, издавший акт | <ul style="list-style-type: none"> - Парламент - Президент - Правительство - Органы субъектов РФ - ОМС |
| Юридическая сила | <ul style="list-style-type: none"> - Законы - Подзаконные акты |
| Субъекты правотворчества- орг, лица, уполномоченные на создание, изм-ие, приостановл правовых норм. | <ul style="list-style-type: none"> - Референдум - Органы гос власти - Обществ орг-ции |
| Территория действия акта | <ul style="list-style-type: none"> - Общефедеральные акты - Акты субъектов федерации - Акты МО - Локальные акты |
| Сфера действия акта | <ul style="list-style-type: none"> - Акты общего действия - Акты специального действия - Локальные акты |



КЛАССИФИКАЦИИ НПА



Законы – это такие *нормативные правовые акты*, обладающие высшей юридической силой, которые принимаются законодательным органом в особом порядке или путем референдума (всенародного голосования), с целью юридического регулирования наиболее значимых, типичных, устойчивых общественных отношений.

В Российской Федерации **законы** принимаются и действуют в виде:

- (1) Конституции – Основного закона РФ (*моноакт*);
- (2) законов РФ о поправках к Конституции РФ (6), и федеральных конституционных законов (**31**);
- (3) федеральных законов (**1977**)*, законов РФ (**73**) и законов РСФСР (**14**), отраслевых кодексов (**21**) + Основы зд-ва о нотариате;
- (4) конституции республик РФ (22), уставы иных субъектов РФ (63)
- (5) текущих законов субъектов РФ.

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ЗАКОНОВ

21
кодификационный
закон в РФ



ПОДЗАКОННЫЕ АКТЫ – это нормативные правовые акты, издаваемые **во исполнение законов** уполномоченным органом (должностным лицом), конкретизирующие законодательные нормы, разъясняющие их или устанавливающие новые положения, не противоречащие законам.

«**ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО**» - это иерархическая система действующих в государстве нормативных правовых актов, включающих как законодательные источники, так и подзаконные нормативные акты (указы главы государства, постановления правительства, нормативные акты органов исполнительной власти, субъектов федерации и др.).

ПОДЗАКОННЫЕ АКТЫ



Министерство юстиции Российской Федерации

Нормативные правовые акты в Российской Федерации

Информационные
банки данных
(11 293 414)

**Федеральное
законодательство (124 665)**

Кодексы Российской
Федерации (26)

Законодательство СССР и
РСФСР (36 155)

Нормативные правовые акты
федеральных органов
исполнительной власти
(58 356)

Судебная практика (16 191)

Нормативные правовые акты
субъектов Российской
Федерации (1 621 370)

Уставы муниципальных
образований (415 685)

Нормативные правовые акты
муниципальных образований
(8 993 150)

Реестр муниципальных
образований (26 715)

Реестр соглашений о
передаче полномочий (324)

Реестр международных
соглашений субъектов
Российской Федерации (777)

Подзаконные акты

Указы Президента РФ

Постановления
Правительства РФ

Приказы, инструкции
министерств, ведомств

Акты местных органов
государственной власти

Акты местных органов
государственного управления

Акты
муниципальных органов

Локальные
нормативные акты



СОБРАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ОФИЦИАЛЬНЫЕ ЭЛЕКТРОННЫЕ ВЕРСИИ БЮЛЛЕТЕНЕЙ

ГЛАВНАЯ

ОБ ИЗДАНИЯХ

О НАС

ПОМОЩЬ

<http://www.szrf.ru/>



СОБРАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Издается еженедельно

Последние выпуски

№50 от 15 декабря 2014 г.

№48 от 1 декабря 2014 г.

№47 от 24 ноября 2014 г.

Все выпуски



БЮЛЛЕТЕНЬ НОРМАТИВНЫХ АКТОВ ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ

Издается еженедельно

Последние выпуски

№49 от 8 декабря 2014 г.

№48 от 1 декабря 2014 г.

№47 от 24 ноября 2014 г.

Все выпуски



БЮЛЛЕТЕНЬ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ

Издается ежемесячно

Последние выпуски

№12 от 25 декабря 2014 г.

№11 от 28 ноября 2014 г.

№10 от 24 октября 2014 г.

Все выпуски

**• По общему правилу НПА
начинает действовать:**

- через 10 дней после официального опубликования
- ФЗ, акты палат ФС РФ;

- через 7 дней – акты Президента и Правительства РФ;

- с даты, специально указанной в НПА или с момента опубликования

«**ПРЕЦЕДЕНТ**» (от лат. *praecedens* – «предшествующий», «идущий впереди») означает состоявшееся ранее *решение юрисдикционного органа* (суда или иного органа), принимаемое за образец и имеющее обязывающую силу при разрешении аналогичных вопросов (схожих по фабуле дел) в дальнейшей практике.

лат. *a similibus ad similia* – «подобное дело подобным образом»



HENRY DE BRACTON:
THE FATHER OF CASE LAW*

В теории права различаются **два вида юридического прецедента:**

- 1) административный прецедент
- 2) судебный прецедент

В основании прецедента как источника (формы) права лежит концепция **судебного нормотворчества**, проистекающая из запрета **отказываться в правосудии** по причине «**молчания закона**» и возможности разрешения **сходных дел** по принципу **аналогии права**.

Law – is "prophecies of what the courts will do in fact"

(Holmes, Path of the Law, 1897)

ЮРИДИЧЕСКИЙ
PRECEDENT

судебная
практика

И.Ю. Богдановская

Аарон Барак

ПРЕЦЕДЕНТНОЕ
ПРАВО

Судейское
усмотрение



Издательство
НОРМА



| Термин | Определение |
|----------------------------|--|
| Per incuriam | относится к приговору суда, который был вынесен без учёта предписания закона или более раннего приговора, который мог оказаться существенным. |
| Неофициальное мнение судьи | заключение (или вывод), сделанное судьёй по ходу дела, не является основанием для вынесения окончательного вердикта. |
| Мотивы решения | правовые, моральные, политические и социальные принципы, использованные судом при составлении разумного объяснения конкретного приговора. В отличие от неофициального мнения судьи, основы мотивов решения по принципу «стоять на решённом» могут являться прецедентом, имеющим обязательную силу. |
| Прецедент | вынесенное судом решение по конкретному делу, обоснование которого становится правилом, обязательным для всех судов той же или низшей инстанции (при прохождении аналогичного дела). Российское право не признает прецедента, а в уголовном праве не допускает решения дела по аналогии. |

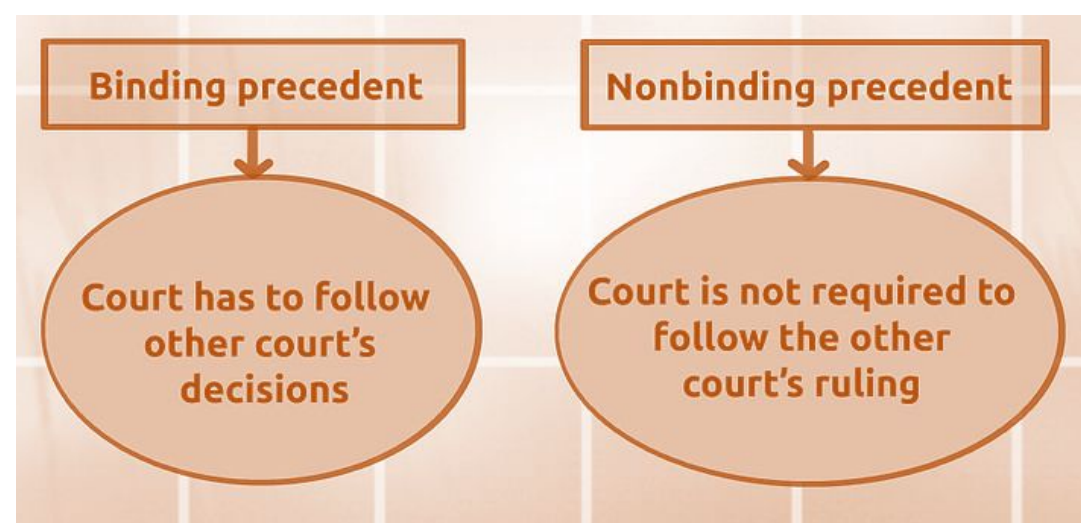
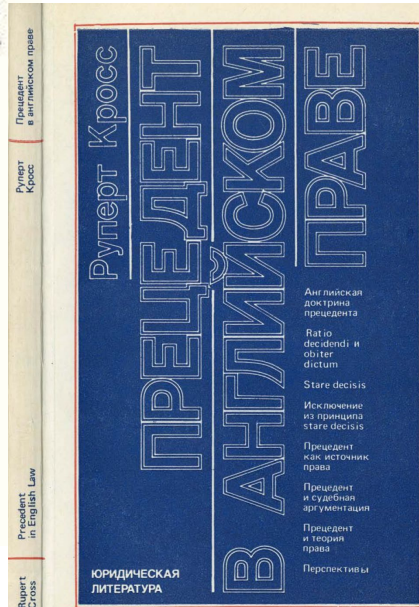
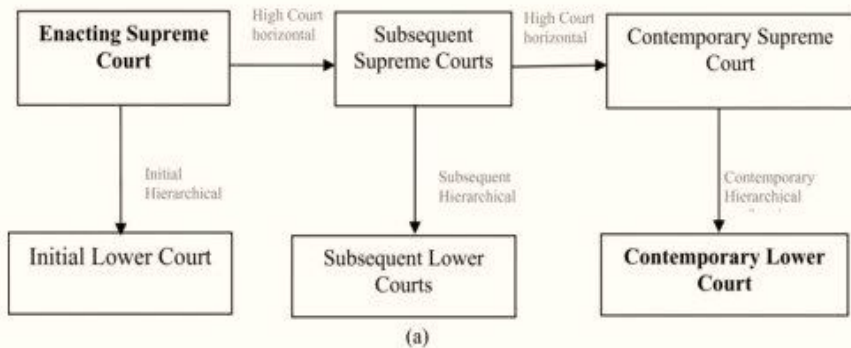


Figure 1: Interpreting Precedent (1) Shown are the linkages between a contemporary lower court and an enacting Supreme Court as explored in principal-agent models of the judiciary. The contemporary lower court is assumed to be influenced by the contemporary Supreme Court through contemporary hierarchical relations. However, the contemporary high court itself may be influenced by earlier Supreme Court decisions via high court horizontal stare decisis. Hence, the contemporary lower court may appear to be influenced by earlier high courts.



В романо-германской правовой системе сложилась **«континентальная» концепция** понимания прецедента как источника права.

В одних случаях он именуется **«судебной практикой»**, образующейся при повторении знакового судебного решения вышестоящей инстанции, в других – выступает как совокупность **«судебных установлений и судейских правоположений»**.

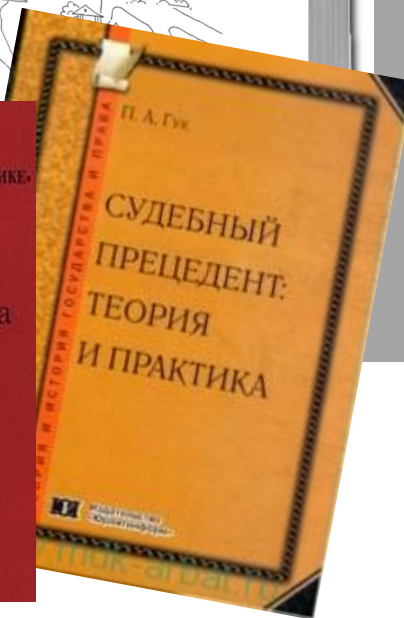
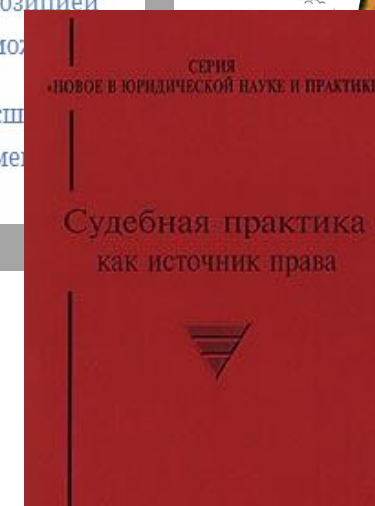
- В России доминирующая правовая доктрина в течение длительного времени также отрицала судебное правотворчество.
- Однако по факту российские суды (по крайней мере, высшие судебные органы) в определенной мере всегда осуществляли правотворческие функции в процессе толкования положений законодательства.
- В постсоветский период анализ законодательства и судебной практики советского времени позволил исследователям прийти к выводу, что на уровне пленумов и президиумов высших судов СССР и РСФСР «судебное правотворчество в Советском Союзе существовало, прикрывая свое бытие различными легальными формами».
- Имеет место признание судебной практики источником права в материальном смысле, в качестве одного из социальных факторов, влияющих на процесс правообразования, в частности, на правотворческую деятельность органов законодательной и исполнительной власти.
- В.М. Жуйков, который с 1988 по 2007 г. был заместителем председателя Верховного суда РСФСР (с 1991 г. – Верховного Суда РФ) указывал, что судебная практика, не будучи официально признанной источником права, «фактически всегда учитывалась нижестоящими судами в качестве ориентира в вопросах применения и толкования права, устранения пробелов в нем, применения аналогии закона и аналогии права».

Суды, как правило, следуют позиции постановления Пленума или позиции Высшего суда по конкретному делу. В этом фактически и состоит доктрина прецедента. Выработанная Высшим судом позиция призвана обеспечивать единообразие судебной практики, поэтому суды должны на нее ориентироваться.

Спикеры пришли к выводу, что существует две ситуации, когда суд может отступить от позиции Высшего суда.

1. Суд выявил различие в фактических обстоятельствах, в связи с чем сделал вывод о неприменимости позиции Высшего суда к делу.
2. Суд аргументировал свое несогласие с позицией Высшего суда (это явление редкое, но возможное).

Свою позицию может изменить и сам Высший суд, приводя убедительные мотивы такого изменения (правило *overruling*).



СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ В РФ

применение **stare decisis** в российском праве ?

юридический прецедент – правовой акт, создаваемый юрисдикционными органами высшего и среднего звена, и разрешающий индивидуальное дело и содержащий правило, выработанное применительно к обстоятельствам данного дела

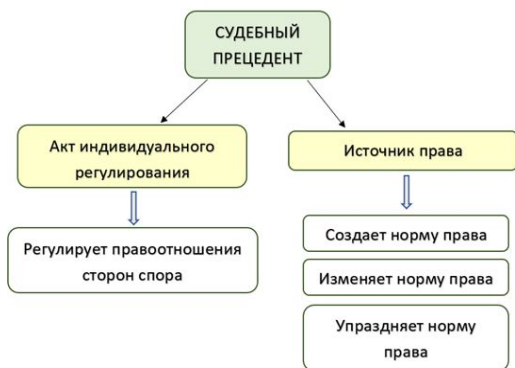
прецедент толкования - акт, содержащий абстрактное общее толкование нормы права, которое является обязательным для нижестоящих органов

судебная практика - свод обобщенных предписаний, иногда в виде примеров решений по конкретным делам, предпосылаемый вышестоящим судом нижестоящим в качестве руководства к применению, носит рекомендательный характер

судебный прецедент
административный прецедент
международно-правовой прецедент

простое **судебное решение** – правоприменительный акт, создаваемый судами всех звеньев и обязательный только для сторон данного процесса; нижестоящие суды не связаны простыми судебными решениями вышестоящих, могут их игнорировать; не является источником права

правовая позиция суда – общая концепция, подход, система рассуждений, которая положена в обоснование вынесенного решения; логическая цепочка рассуждений суда, основанная на правовых нормах, и соответствующая духу и букве законов



ТЕРМИНОЛОГИЯ

С точки зрения
правоприменительной
значимости



Постановления КС РФ
Постановления Пленума ВС РФ
Решения ЕСПЧ

Постановления Президиума ВС РФ (надзор)

Определения коллегий ВС РФ (кассация)

Постановления Президиума суда субъекта РФ (кассация)

Апелляционные определения

Решения судов первой инстанции

??? Постановления Пленума и Президиума ВАС РФ

Так, в ст. 126 Конституции РФ указывается, что **Верховный Суд РФ** «даёт **разъяснения** по вопросам **судебной практики**», а **Конституционный Суд РФ** вправе разрешать дела на основании своих **правовых позиций**, «содержащихся в ранее принятых постановлениях» (ст. 47.1, ч. 3 ст. 43 и ст. 75 ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации»).

В российской правовой действительности неоднократно подтверждалась **руководящая роль постановлений Пленума Верховного Суда РФ** по вопросам правоприменения, а также **обзоров судебной практики Президиума Верховного Суда РФ** *

Конституционный суд РФ состоит из **11** судей

Верховный Суд РФ состоит из **170** судей.

- **Постановления, которыми отменяется норма (признавая ее неконституционной)**

Постановление Конституционного Суда РФ от 25.02.2004 N 4-П

- **Постановления, которыми устанавливается конституционно-правовой смысл нормы**

Постановление Конституционного Суда РФ от 27.02.2009 N 4-П

- **Постановления и определения, в мотивировочной части которых указывается позиция КС РФ по процессуальным вопросам**

Постановление Конституционного Суда РФ от 06.12.2013 N 27-П

Судебная практика



- Постановления Президиума ВС РФ (надзор)
- Определения коллегий ВС РФ (кассация)
- Постановления Президиума суда субъекта РФ (кассация)
- Апелляционные определения
- Решения судов первой инстанции

Идеи:

Правовая стабильность
Единство (единообразие) судебной практики
Правовая определенность
Устранение пробельности

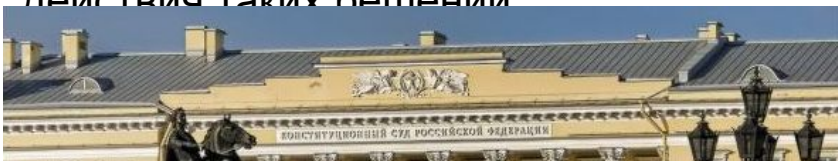


Почему решения КС РФ о неконституционности нормы права не могут считаться нормативным актам? Ведь у него есть **основные признаки** нпа:

- неопределенность адресата;
- возможность неоднократного применения;
- действие вне зависимости от изменения или прекращения



В чем же уникальность (**sui generis**) этого вида актов как особого источника в правовой системе РФ (с хотя и дополнительной, но обязательной, а не факультативной юрисиллой): особые последствия их принятия, наличие юрисиллы и особенность сферы действия таких решений



РЕШЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ

Конституционный суд РФ состоит из 11 судей

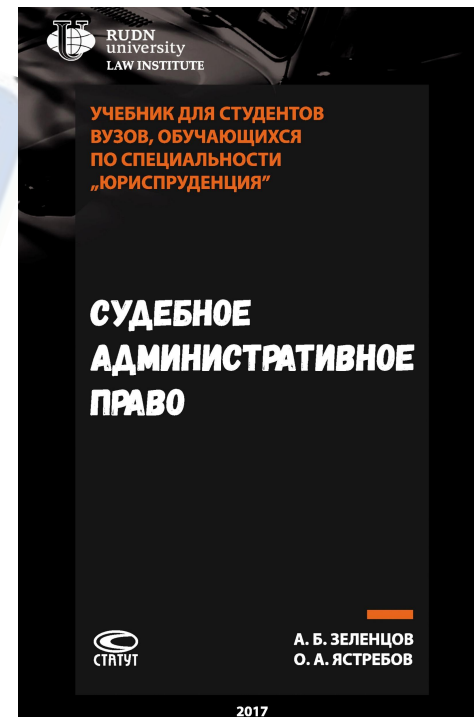
Аргументы **противников** * нормативно-правовой природы актов КС РФ:

- 1) признание за решениями КС РФ характера **нормативных актов** напрямую *противоречит принципу разделения властей*, тем более что решения КС РФ принимаются им как судебным органом в особой *юрисдикционной процедуре*;
- 2) решение КС РФ о лишении силы неконституционной нормы не предназначено для общего регулирования, а носит **лишь охранительный характер**, не создает *новых* регулятивных норм права;
- 3) решение КС РФ *не отменяет акта* в формально-юридическом смысле (поскольку законодательство различает понятия «лишение силы» и «отмена»);
- 4) деятельность КС РФ *носит производный характер*, т.к. необходимо наличие *предмета проверки*;
- 5) КС РФ не вправе принимать решение по собственной инициативе, что вообще не характерно для органов, издающих нормативные акты; решение Суда принимается на основании *индивидуального обращения*, а не правотворческой инициативы;
- 6) вступление решения КС РФ в силу *не связано с моментом опубликования*.



| Судебный прецедент | Административный прецедент |
|---|--|
| Создается судебными органами. | Создается органами исполнительной власти либо специализированными органами административной юстиции. |
| Может являться источником права. | Является источником права, если создан органом административной юстиции, формально не является источником права, если издан органом исполнительной власти. |
| Его обязательность вытекает из его признания государством в качестве источника права. | Его обязательность носит косвенный характер и вытекает из принципов построения системы органов исполнительной власти – иерархии и субординации. |
| Более консервативен. | Более подвижен и подвержен реформам. |

• В июне 2008 года Государственный совет Французской Республики создал прецедент, подтвердив отказ в просьбе о обосновании мароканке, носящей паранджу. В названии решения Госсовета религиозной практики, несовместимой с основными ценностями французского общества».



К **административным прецедентам** в России можно отнести **решения ФАС**, вынесенные по ФЗ «О защите конкуренции» и ФЗ «О естественных монополиях», а также **решения органов**, уполномоченных выносить постановления по административным делам согласно главе 23 КоАП РФ. Эти примеры условные, т.к. в законодательстве РФ юрисдикция административного прецедента **не закреплена**.

Многие высшие административные органы издают разъяснения, выработанные ими по результатам анализа собственной правоприменительной практики при рассмотрении административных дел в пределах компетенции (Роспотребнадзор, Роскомнадзор, ФАС). Суды зачастую принимают во внимание эти разъяснения, хотя официального статуса они не имеют и не должны применяться в случае противоречия законодательству.

ДОГОВОР НОРМАТИВНОГО СОДЕРЖАНИЯ – это совместный правовой акт в виде соглашения между правотворческими субъектами, направленный на установление или изменение правил общего характера, имеющих юридическую силу для неопределенного круга лиц (см. 6 признаков НД)*

Нормативный договор также базируется на классических принципах договорного права: общий взаимный интерес сторон, их автономия и равенство, добровольность заключения, обязательная сила договора, правовое обеспечение исполнения, ответственность за неисполнение обязательств, и др.

Нормативный договор как источник права

| Особенности нормативного договора | | |
|--|--|--|
| Близок к нормативным правовым актам | Оформляется по определенным процедурно-процессуальным правилам | Подлежит обязательной публикации |
| Заключается на основе норм публичного права | Основывается на волеизъявлении двух субъектов | Ставит своей целью реализацию общественного интереса |
| Регулирует не только действия непосредственных участников договора | | |

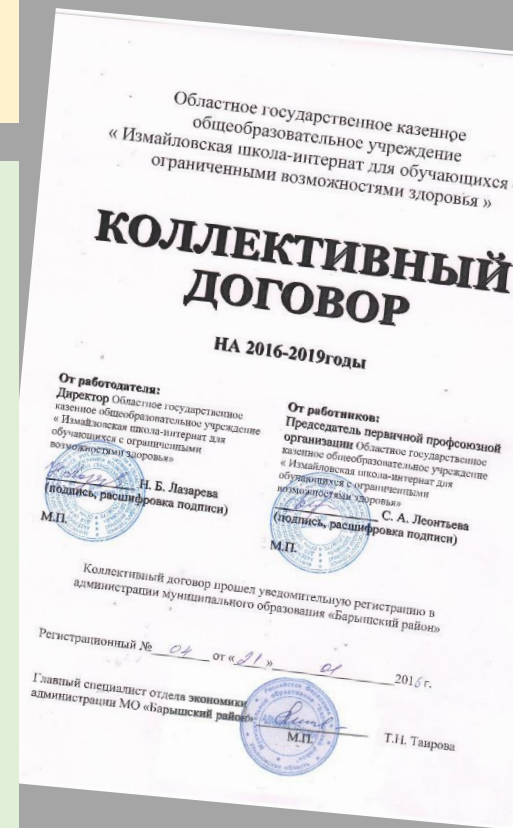


НОРМАТИВНЫЙ ДОГОВОР КАК ИСТОЧНИК ПРАВА



В РФ договоры нормативного содержания, или **публично-правовые договоры**, имеют значение важного источника (формы выражения) национального права, особенно в отраслях публичного права.

- 1) **Конституционно-правовые договоры** (например, Договор об образовании СССР 1922 г., Федеративный договор «Договор о разграничении предметов ведения и полномочий...» от 31.03.1992, и др.);
- 2) **Административные договоры** (договоры между субъектами РФ (например, Договор между органами госвласти Тюменской области, ХМАО-Югры и ЯНАО от 12.08.2004); договоры между субъектами РФ и муниципальными образованиями (например, соглашения между правительством области и администрацией муниципального образования); договоры между муниципальными образованиями);
- 3) **Коллективные трудовые договоры** (внутри организации/ предприятия/ ИП, например, договор между администрацией предприятия и профсоюзом).



ВИДЫ НОРМАТИВНЫХ ДОГОВОРОВ

**ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННЫЕ
И МЕЖДУНАРОДНЫЕ
нормативные договоры**

Согласно двум *Венским конвенциям 1969 и 1986 гг. о праве международных договоров*:

Международный договор – это международное соглашение, заключенное между государствами и/или международными организациями в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования.

В случае коллизии норм международного договора РФ и национального закона применяются правила международного договора (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ 1993 г., а также п. 2 ст. 1 ГПК РФ, п. 3 ст. 1 УПК РФ, п. 3 ст. 3 АПК РФ). **Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» 1998 г.**



Конвенции и соглашения

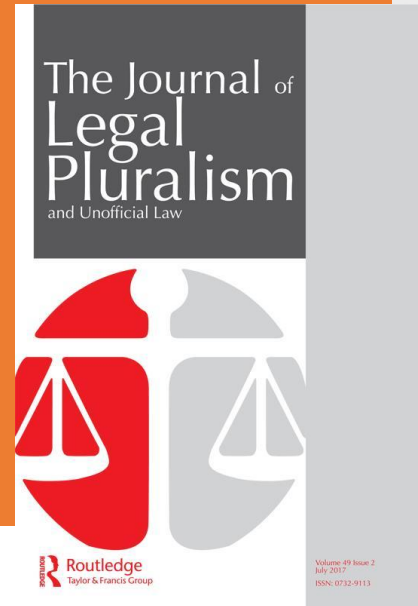
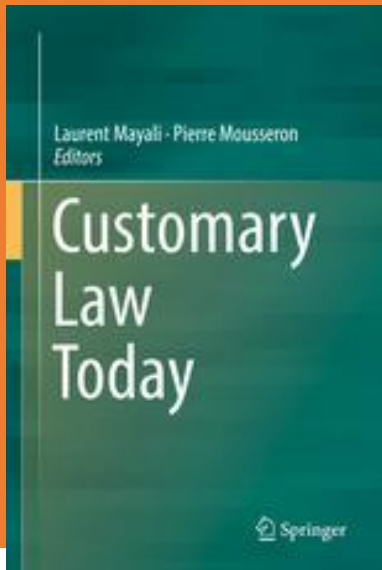
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОГОВОРЫ



Ратификация договора, принятие или присоединение к нему государства означает согласие этого государства на обязательность для него такого международного договора (принцип «*pacta sunt servanda*»)

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ – это устоявшееся и получившее **обязательную силу** правило поведения вследствие его **многократного** и **единообразного применения** по определённым вопросам правового регулирования, конституирующее права и обязанности субъектов (и санкционированное государством)

Правовой обычай является *не конституированным* или установленным источником права, а **санкционированным**, поэтому со временем способен трансформироваться в иные источники права (в закон, прецедент, международный договор)



ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

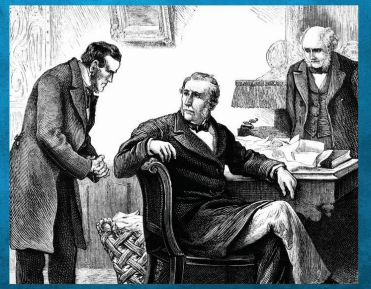
customary law
traditional law
unwritten law
folk law
indigenous law
common law
primitive law

MOML
Making of the Modern Law
Four Editions

FCIL, 1600-1926

Customs and Customary Law in British India.

Sripati Roy

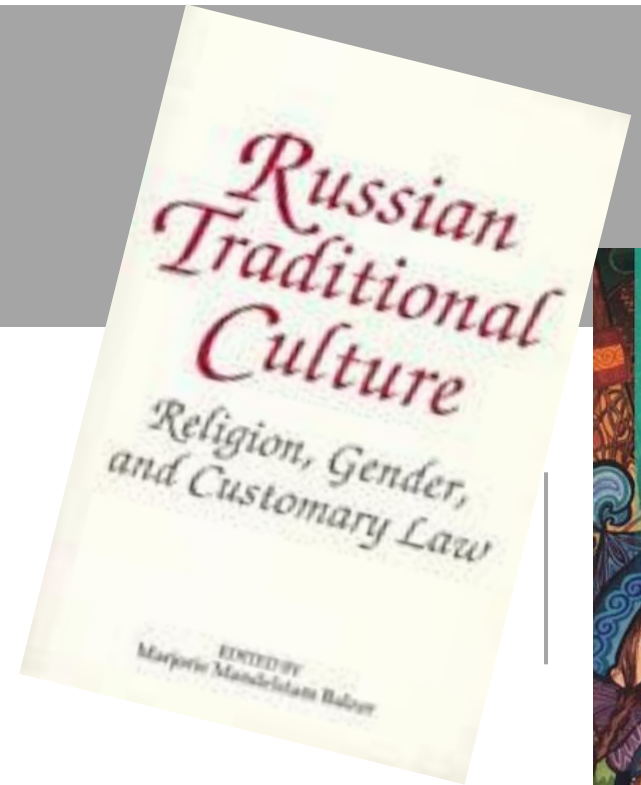
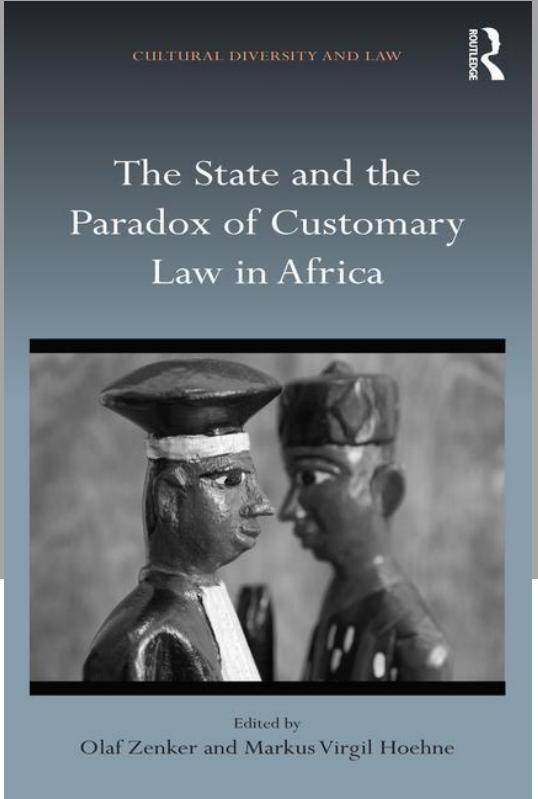
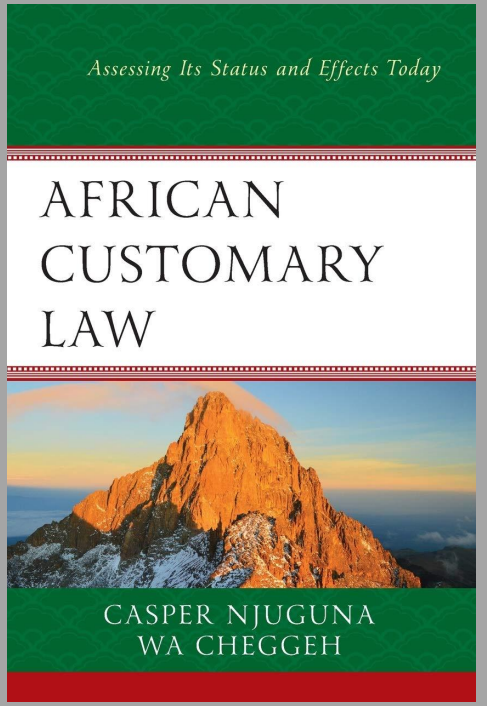


Examples of customary law:

Canada – aboriginal law is now recognised in the Canadian constitution

New Zealand – customary title to the seabed and foreshore; the indigenous Maori people often claim customary fishing rights

Kazakhstan – the 'aqsaqal' courts have been revitalised; village courts that deal with family, torts and property law matters; village elders involved act as judges or advisors; old system, based on tribal practices



Существуют разные определения природы правового обычая

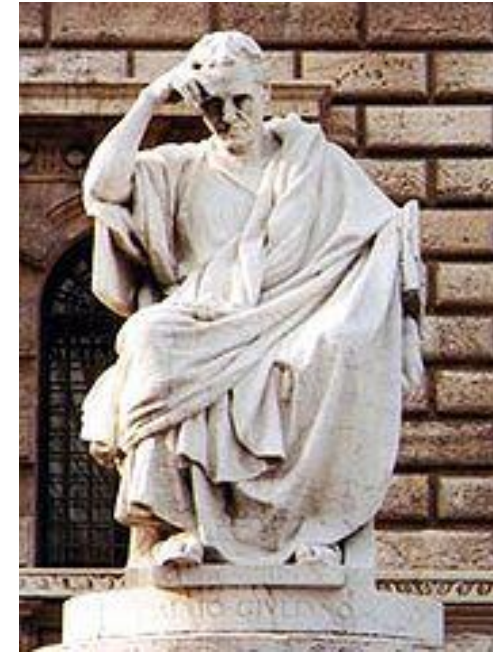
Впервые изучением **природы правового обычая** занялись **римские юристы**

«Установившийся издревле обычай заслуженно соблюдается, как закон, и это есть право»

Юлиан (лат. *Julianus*), составил старейшую дошедшую до нашего времени компиляцию новелл

«То, что соблюдалось в течение многих лет, должно быть соблюдаемо как молчаливые соглашения граждан не менее, чем записанное право»

Гермогениан (лат. *Codex Hermogenianus*), римский юрист, провел кодификацию императорских конституций ок. 325 года



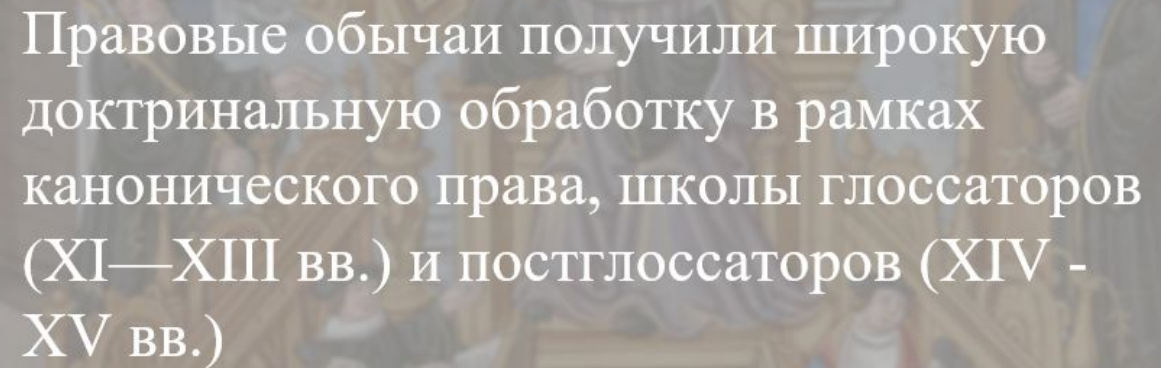
В **Кодексе Юстиниана** закреплялось: «Авторитет обычая не следует доводить до такого значения, чтобы он преодолевал разум или закон».

Классический римский юрист **Ульпиан** писал: «Долго применяемый обычай следует соблюдать как право и закон в тех случаях, когда не имеется писаного закона».

**МЫСЛИТЕЛИ О
СУЩНОСТИ ПРАВОВОГО
ОБЫЧАЯ**

**АВТОРСКИЕ
ПОДХОДЫ**

- Толкуя древнеримский «Кодекс Юстиниана», **гlossаторы** пришли к выводу о том, что **обычай** должен для того, чтобы считаться правовым, **длительно применяться** в течение 20 лет.
- Необходимые **признаки правового обычая** – это долговременность и **разумность** его применения.
- Пост-гlossаторами была предложена **презумпция знания народом** обычая: поскольку народ знал об обычае и не препятствовал его применению, разрешено придание обычному повторению действий юридической силы.
- Комментаторы также признали **фикцию молчаливой санкции** обычая со стороны монарха
- Толковали обычай как молчаливое **выражение воли всего народа** (лат. *tacitus consensus populi*).



Правовые обычаи получили широкую доктринальную обработку в рамках канонического права, школы гlossаторов (XI—XIII вв.) и постгlossаторов (XIV - XV вв.)

МЫСЛИТЕЛИ О
СУЩНОСТИ ПРАВОВОГО
ОБЫЧАЯ

АВТОРСКИЕ
ПОДХОДЫ

Рассматривая **обычай** как форму **права Германии**, необходимо выделить особенности немецкой правовой культуры:

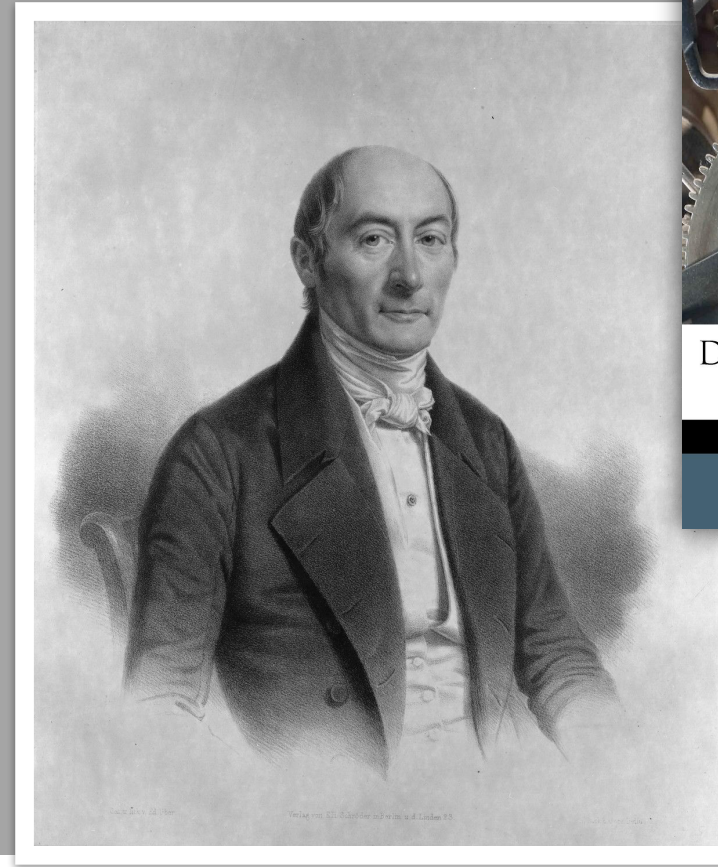
- **Во-первых**, в этой стране влияние римского права было значительно сильнее, чем в других государствах Европы. Это обусловило и **рецепцию многих обычаев римского права**, а также определило место и значение обычая в системе форм немецкого права.
- **Во-вторых**, для средневековой Германии характерно *ослабление императорской власти* и усиление самостоятельности немецких княжеств и земель с их **локальными правовыми обычаями**.
- **В-третьих**, заметное влияние оказывала **историческая школа права**, один из главных постулатов которой звучит: *право складывается произвольно, как язык, в самой гуще народной жизни, и государству необходимо только выделить его и закрепить в законодательных актах*.

Следовательно, позитивное право является производным от обычного права, а обычное право, в свою очередь, производно от «народного духа».

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В ЕВРОПЕ НОВОГО ВРЕМЕНИ

ЮРИСТЫ-
ИСТОРИЦИСТ
Ы

- Провел анализ особенностей **юридического обычая**, его структурных элементов;
- **Народный дух** (нем. *Volksgeist*) – это и есть источник общенародного убеждения, которое в свою очередь создает основу для обычного права;
- **Обычай** должен исходить от сознания юридической необходимости, от народного духа и от **повторения одного и того же** убеждения в действиях.



ГЕОРГ Ф. ПУХТА

(1798 – 1846)

немецкий юрист, последователь Ф. Савиньи,
представитель исторической школы права.

«Das
Gewohnheitsrecht»
Bd 1—2. Erlangen, 1828-1837.

Рудольф фон Иеринг «Борьба за право»



Георг Еллинек «Общее учение о государстве»



Практическая реализация – основа обычая;
Фактическое применение приобретает нормативный характер в силу особенностей психики;
Длительное следование обычаю вызывает в общественном сознании убеждение в его императивности, отсюда «фактическое, постоянно повторяемое рассматривается как нормативное».

Возрождение идеи санкционирования обычая государством во второй половине XIX в.

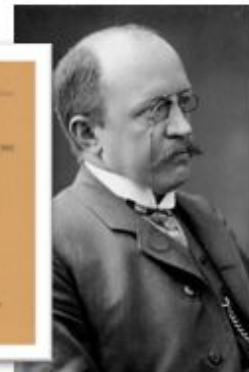
Д. Гримм «К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм»

- Только обычай, санкционированный государством, имеет юридическую силу;
- Пока обычай не признан государственной властью, он является только показателем субъективных стремлений и желаний.



П. Эртманн «Rechtsordnung und Verkehrssitte»

- Не любое фактическое применение создает обычай, а исключительно государственное, т. е. через органы государственной власти, в том числе и через суды;
- Только обеспеченный принуждением со стороны государства обычай становится юридическим.



Общие признаки обычая в теории права

- 1) длительность существования
- 2) систематичность (неоднократность) применения
- 3) определенность содержания (устная форма, в сознании)

- 4) локальный (замкнутый) характер
- 5) отраслевая определенность (специализированность)
- 6) нравственность (соответствие моральным требованиям)

Требования к обычаю по У. Блэкстону

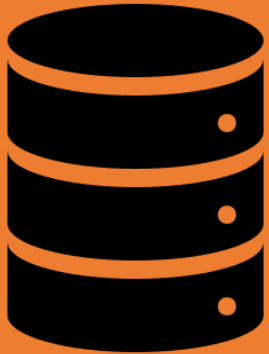
- 1) древность;
- 2) непрерывность;
- 3) использование с общего миролюбивого согласия;
- 4) обязательная сила;

- 5) определенность;
- 6) согласованность;
- 7) разумность

ПРИЗНАКИ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ В АНГЛИИ

«Комментарии
к законам
Англии»
(1765 – 1769 гг.)





Социологическая
и
историческая
юриспруденция

Правовой
обычай возникает
с того момента,

когда он начинает
выполнять
**функцию
нормативного
регулятора**

Юридический
позитивизм

Правовой обычай
возникает
момента
**санкционирования
государственной
властью**

и **закрепления** в
нормативных
актах, договорах
и прецедентах

ПРАВОГЕНЕЗ ОБЫЧАЯ

Способы возникновения
обычно-правовой нормы

НЕПРАВОВЫЕ
ОБЫЧАИ

1. Существуют в **догосударственную эпоху** (**мононормы**), либо
2. Существуют в государственно-организованном обществе, но регулируют общественные отношения в **неправовой сфере** (обычаи, связанные с выполнением бытовых обязанностей по дому в семье)

1. Существуют в **государственно организованном** обществе,
2. **Санкционированы** государством,
3. Действуют **в правовой сфере** – то есть в той сфере, в урегулировании которой государство заинтересовано, и общественные отношения в рамках которой объективно поддаются правовому регулированию

ПРАВОВЫЕ
ОБЫЧАИ

Государственное
признание и
сферы регулирования

КРИТЕРИЙ РАЗЛИЧЕНИЯ ПРАВОВОГО И НЕПРАВОВОГО ОБЫЧАЕВ



ПОНИМАНИЕ ОБЫЧАЯ В ЮРИДИЧЕСКОЙ АНТРОПОЛОГИИ



Бронислав
Малиновский

Избранное:
Динамика
культуры

Бронислав
Каспар
МАЛИНОВСКИЙ
(1884 – 1942 гг.)

Б. Малиновский «Динамика культурного обмена»

британский антрополог польского происхождения,
основатель функционализма в антропологии и социологии.

- Нормативность — это универсальная черта всех культур;
- Совместное существование и кооперация людей неизбежно порождают правила, власть и принуждение;
- Право есть функция взаимности обязательств членов общества друг перед другом;
- Право выражается не в фиксированных нормах, а в процессе разрешения конфликтов.



В мусульманском праве обычай именуется **адатом**.

Сейчас под адатами понимаются обычаи, **пережиточные нормы** доисламских правовых комплексов, а также **реалии правовой жизни**, **не отраженные** в официальной правовой системе – шариате.

Это обусловлено следующими причинами:

- в каждой мусульманской общине и у каждого племени, населявших Аравийский полуостров, были собственные **обычаи**, регулирующие порядок заключения браков, наследования, возмещения ущерба, разрешения споров и т.д.;
- образование и существование Арабского халифата представлялось невозможным без учета и применения обычаев многочисленных религиозных и этнических общностей;
- мусульманские юридические школы - **мазхабы** (как суннитского, так и шиитского толка) во многом опирались на действовавшее при них обычное право., а мнения ведущих богословов и правоведов были обусловлены существенно обычно-правовой практикой.

Известный **компаративист из Узбекистана** – профессор А.Х. Саидов в качестве отличительной черты мусульманского права называет «его тесное взаимодействие с местными традициями и обычаями (нередко доисламскими и не совпадающими со строгими положениями шариата). Соответственно влияние обычая на источники мусульманского права, особенно на **иджму** и **кийяс**, довольно велико.

ОБЫЧАЙ В МУСУЛЬМАНСКОМ ПРАВЕ

Акмаль
Холматович
САИДОВ

В **Нубии** замужняя женщина не может сама ничего купить в магазине. Она может составить только список того, что хочет. И если муж поставит подпись, вот тогда она может что-то приобрести.



В **древнем Китае** существовал правовой обычай распознавания воров, убийцы или любого другого преступника. Ему при всех засыпали в рот рис, затем вынимали. Если рис — сухой, значит подозреваемый виновен, так как от страха, как известно, пересыхает горло. И наоборот.



Обряды узбекского народа складывались веками в результате сложного процесса слияния культурных навыков и традиций всех племен и народностей, которые участвовали в этногенезе узбеков.

Особую роль играют обряды, связанные с рождением и воспитанием детей (бешиктуйи, хатна-килиш), бракосочетанием (фатиха-туй, свадьба). Часто они представляют собой переплетение исламской обрядности с более древними формами, связанными с магией.



ПРИМЕРЫ ПРАВОВЫХ ОБЫЧАЕВ В РАЗНЫХ СТРАНАХ



Континентально-европейская семья

- 1) абстрактный способ санкционирования (отсылка в статье нпа или нормативного договора);
- 2) конкретное санкционирование (норма нпа прямо фиксирует правовое содержание обычая)



Семья общего права

- 1) ссылки на обычай в тексте статута или актах органов исполнительной власти или местных органов;
- 2) ссылки на обычай в тексте нормативного судебного решения высших судов (обязательный прецедент)



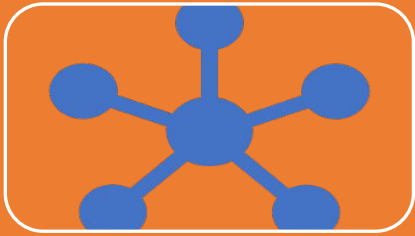
Традиционно-правовая семья

- 1) включение традиционных (племенных) судов в общегосударственную систему судебных учреждений;
- 2) институт судебных асессоров – юридических советников судьи, которые имеют специальные познания в обычном праве

СПОСОБЫ САНКЦИОНИРОВАНИЯ МЕСТНОГО ОБЫЧАЯ / ДЕЛОВОГО ОБЫКНОВЕНИЯ

Способы различаются в разных правовых семьях

Правовой обычай *secundum legem*
(«в дополнение к закону»)
-- помогает осуществлять
детализацию закона



Правовой обычай *praeter legem*
(«кроме закона») -- восполняет, когда
пробел в законодательстве более
существен по своему объему



Правовой обычай *adversus / contra legem*
(«против закона»)
– применяется вопреки
юридическим характеристикам
отношения



отрицание обычая как
самостоятельного
юридического источника
(ст. 7 ГК Франции;
Австрия, Италия)

признание **обычая** в
качестве **субсидиарного**
источника
(ст. 5 ГК РФ;
Швейцария, Греция)

приравнивание
обычая к закону
(ФРГ, Япония и др.)

приоритетное
значение обычая
при конкуренции с законом
(Англия, США, Испания)

МЕСТО **ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ** В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ СОВРЕМЕННОГО ПРАВА

Встречается в книге
французского компаративиста
Рене Давида

«Под **обычаем**... следует понимать не предусмотренное законодательством или договором, но сложившееся, т.е. достаточно определённое в своём содержании, широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения – например, традиции исполнения тех или иных, обязательств и т.п. **Обычай делового оборота** может быть применён независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т.п.)»

(Из *Определения ВАС РФ от 26.03.2007*

№1769/07)

ч. 3 ст. 99 Конституции

РФ



Первое заседание Госдумы
откроет старейший депутат Жорес
Алферов

В ГК РФ и других нормативных правовых актах РФ наряду с термином «**обычай**» используются и другие близкие по значению термины («*национальный обычай*», «*обыкновения*», «*обычно предъявляемые требования*», «*обычаи делового оборота*», «*обычные условия*», «*обычная практика эксплуатации*», «*обычные условия гражданского оборота*», «*практика, установившаяся во взаимных отношениях сторон*», «*морские обычаи*», «*обычаи данного порта*», «*обычаи торгового мореплавания*» и др. (ст. 5, 15, п. 1 ст. 19, 165.1, 221, 309, 309.2, 312, 314–316, 368, 406, 421, 427, 429, 431, 434, 452, 474, п. 2 ст. 478, 481, 614 и др. ГК РФ; ст. 70, 129, 130 Кодекса торгового мореплавания РФ).

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В РФ

Согласно ст. 252 НК РФ применение документов, оформленных по **обычаям делового оборота**, обоснованно, когда они позволяют подтвердить соответствующие расходы

ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ПРАВОВЫХ ОБЫЧАЕВ В ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКЕ

Подлежит применению обычай как зафиксированный в каком-либо документе (опубликованный в печати, изложенный в решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, засвидетельствованный Торгово-промышленной палатой РФ, и т.п.), так и существующий независимо от такой фиксации.

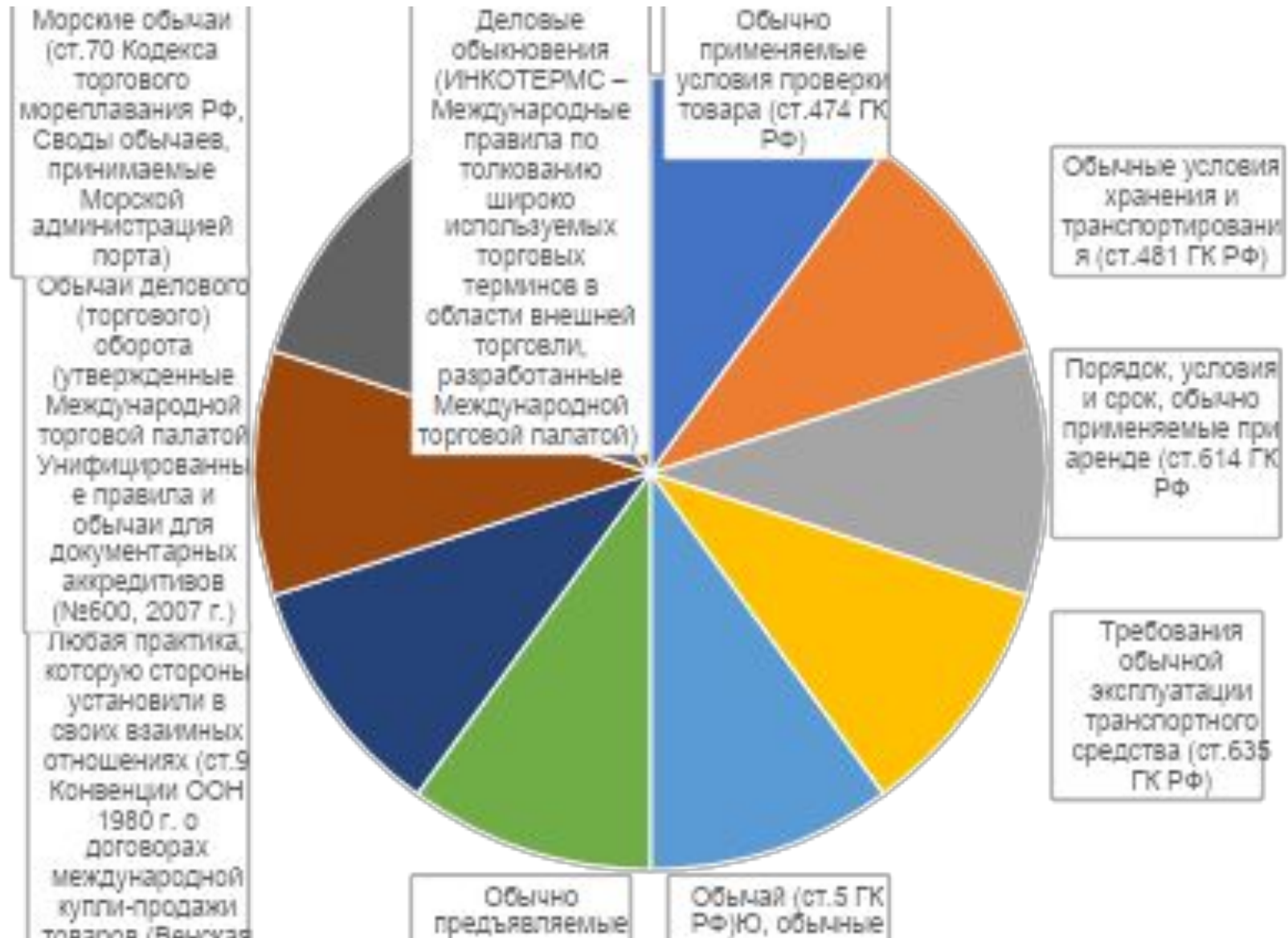
Доказать существование обычая должна сторона, которая на него ссылается

Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились. Если в договоре нет условия о применении того или иного обычая, то, по общему правилу, оно не носит для сторон обязательного характера.

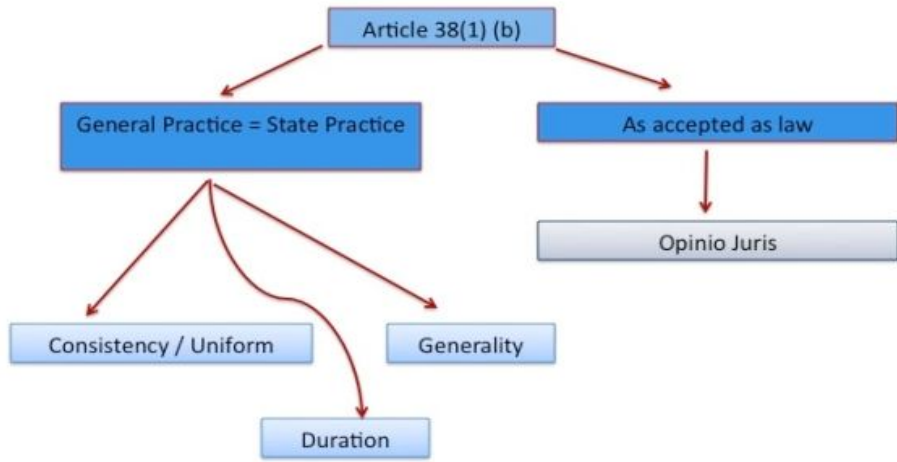
Деловое обыкновение и «любая практика, которую стороны установили в своих отношениях» будет применяться и в случаях, когда из договора следует намерение сторон руководствоваться тем или иным обыкновением. Они фактически приобретают форму подразумеваемого условия договора, которое может быть оценено судом как сложившееся правоотношение.

Вопрос о содержании и применении в конкретном споре понятия «обычно предъявляемые требования» решается судом на основе правовых норм с учетом фактических обстоятельств дела и условий заключенного сторонами договора.

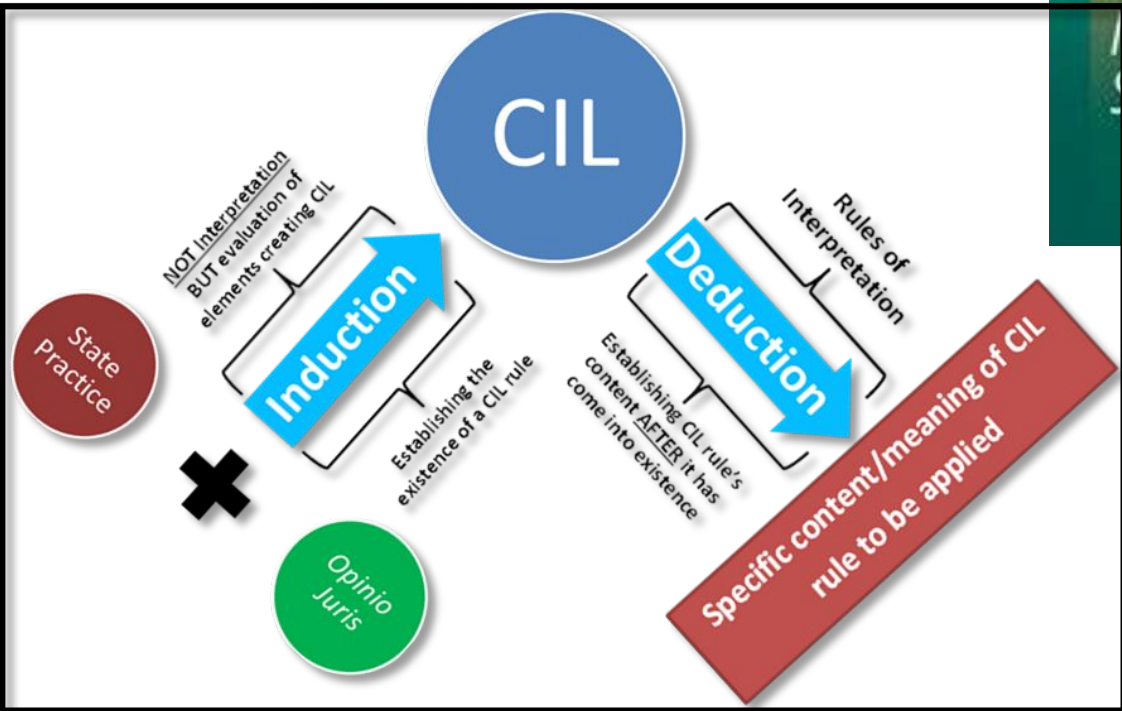
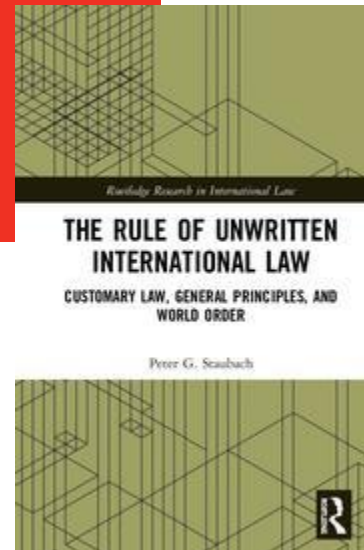
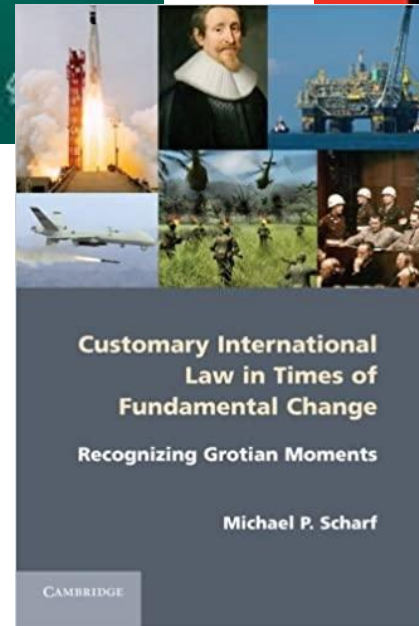
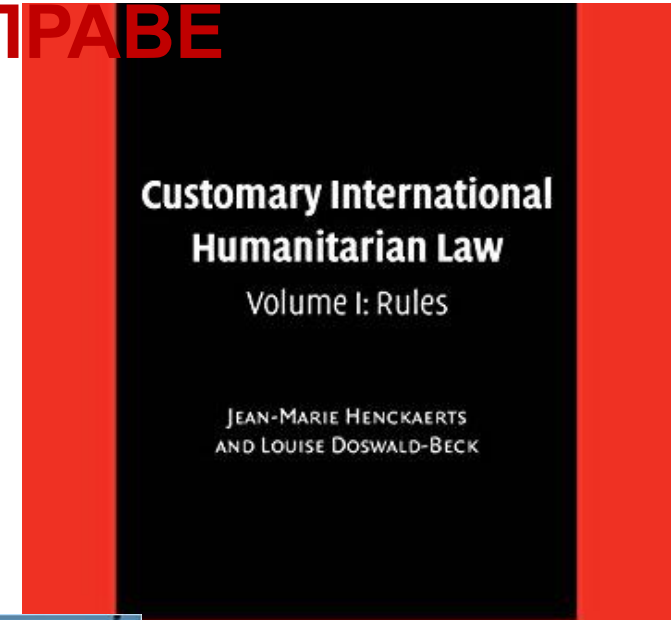
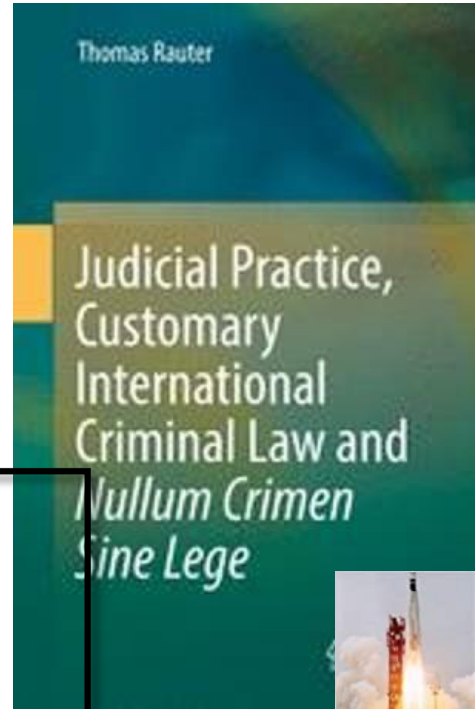
ПРИМЕРЫ ЗАКРЕПЛЕНИЯ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ И РОССИЙСКОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ



Creation of Customary International Law



ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ



Он характеризуется спецификой формирования, сферы применения, субъектного состава и способа санкционирования (конклюдентные действия государств или их согласие на применение).

В системе источников международного права **обычай** имеет *доминирующее значение* и приоритет перед международными договорами в ряде сфер, например, по вопросам международно-правовой ответственности, государственной неприкосновенности, признания государств, дипломатический протокол и др.

Например, ст. 9 «Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров» предусматривает, что стороны связаны **любым обычаем**, относительно которого они договаривались, и установленной практикой отношений.

Кроме этого, Конвенция прямо устанавливает: «При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать, и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами

в договорах данного рода в соответствующей области торговли».

Обычаи в международных отношениях подразделяются на:

- (1) те, которые являются источниками международного *публичного права*, и
- (2) те, которые сложились в результате международной торговли между частными лицами - *международные торговые обычаи*.

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ