

Гр. 29.  
4952

# ИСТОЧНИКИ ПРАВА

## СУДЪ ВЪ ДРЕВНЕЙ РУССИИ.

КНИЖКА ИЗ ИСТОРИИ РУССКАГО ПРАВОУЧЕНИЯ.

И. Давыдова.

100516



УЧЕБНИК  
ИСТОРИИ  
ПРАВА  
1869

МОСКВА.

Университетская Типография  
на Страстномъ Броду.

1869.

Учитель Суслин Дмитрий Юрьевич

[www.dmsuslin.narod.ru](http://www.dmsuslin.narod.ru)

Работу выполнил Цветков Максим

**источник права - внешняя форма,  
в которой выражается объективное право**

Источники права:

**правовой акт**

**правовой обычай**

**правовая доктрина**

**судебный прецедент**

**нормативный договор**

# Правовой акт

## **Виды:**

### *Нормативный правовой акт (нормативный акт)*

Нормативный правовой акт - документ, принимаемый уполномоченным государственным органом, устанавливающий, изменяющий или отменяющий нормы права. Нормативный правовой акт в России (а также во многих других правовых системах, относящихся к романо-германской семье права) является основным, доминирующим источником права. Нормативные правовые акты (в отличие от других источников права) принимаются только уполномоченными государственными органами в пределах их компетенции, имеют определённый вид и облекаются в документальную форму (кроме того, они составляются по правилам юридической техники). Нормативные правовые акты, действующие в стране, образуют единую систему. По порядку принятия и юридической силе нормативные правовые акты подразделяются на законы и подзаконные акты.

В РФ установлена следующая иерархическая система нормативно-правовых актов: Конституция РФ Федеральные конституционные законы Федеральные законы Указы Президента РФ Постановления Правительства РФ Нормативно-правовые акты министерств и федеральных агентств.

### *Законодательный акт*

Разновидность нормативно-правового акта. Принимается представительными органами государства — парламентом, представительными органами административно-территориальных образований и т. п. либо на референдуме: кодекс, закон, статут и т. д. В Российской Федерации к законодательным актам относятся: Конституция, федеральные конституционные законы, федеральные законы, в том числе кодексы, Конституции (Уставы) и законы субъектов Федерации. Под законодательным актом часто необоснованно подразумевается нормативно-правовой акт, принимаемый исполнительными органами власти.

### *Индивидуально-правовой акт*

Устанавливает, изменяет или отменяет конкретные права и обязанности определённого в акте круга лиц (пример: приказ о приёме на работу).

# Структура правового акта:

Структурная единица — логический элемент правового акта, объединяющий сходные в той или иной степени нормы права.

Официально установленных требований по вопросу структурирования нормативных актов не существует. Согласно сложившейся практике, основной структурной единицей нормативно-правовых актов является статья, индивидуальных правовых актов — пункт.

Статьи (пункты) при необходимости группируются в более и (или) делятся на менее крупные элементы.

Виды (согласно наиболее часто встречающейся иерархии): часть, раздел, подраздел, глава, параграф, статья, часть статьи, пункт, подпункт.

Примечание. Элементы статей Гражданского кодекса РФ принято именовать пунктами, а не частями статьи.

Для идентификации участка текста также иногда прибегают к указанию на абзац, являющийся, строго говоря, структурной единицей документа, а не правового акта.

# Правовой обычай

Правовой обычай — стихийно сложившееся и санкционированное государством правило поведения, включенное в систему правовых норм и признаваемое источником права.

Обычное право представляет собой одно из древнейших явлений в истории человечества. Причем проблемы возникновения, формирования и развития обычного права носят многоплановый характер, поскольку его нормы являются элементами национальной культуры. Изучение обычаев, их соотношения с другими источниками права важно для понимания исторического процесса возникновения права, а также преемственности в развитии правовых норм. В правовой науке, как отечественной, так и зарубежной, обычное право изучалось и изучается в историческом аспекте и в плане сравнения обычной нормы с другими социальными нормами.

Обычаи (обычные нормы) признаются источниками права не во всех государствах, и лишь в ограниченном круге правовых отношений.

Особая роль обычного права отмечается в неотдифференцированных правовых системах, где правовой обычай, доктрина и закон нередко конкурируют между собой. Однако обнаруживается тенденция к закреплению государством разделения сфер влияния (регулируемого), нормирования общественных отношений со стороны указанных источников права. Особенно велика значимость обычно-правовых норм в национальных правовых системах Африки и Мадагаскара.

В развитых правовых системах правовой обычай выступает в качестве дополнительного источника права, когда норма правового обычая восполняет пробел, образовавшийся в результате неурегулированности того или иного условия в договоре или пробелы законодательства.

Значительную роль правовой обычай играет в международном праве.

# Формы санкционирования государством обычных норм

Одной из самых ранних форм выступает собрание и фиксирование этих норм в писанных правовых источниках. К ним относятся древнейшие памятники права в Индии, Греции, Франции, Германии, Древней Руси и так далее. Как уже упоминалось, ранее все эти государства трансформировали обычное право в законы. Этот процесс продолжается и сейчас, в основном в международном праве и в государствах традиционной правовой системы. Процесс выработки императивного правила, имеющего официальное значение, «шел, таким образом, по схеме – от повторяющейся, устойчивой практики... через правовой обычай к законодательной норме».

Данный вид санкционирования имеет тенденцию права – как закона приходить на смену обычаям. Замена обычаев государственно-правовыми нормами может производиться по-разному. В одном случае – это санкционирование обычая, при котором правило остается прежним, но становится юридическим. В других случаях, государственно-правовая норма, приходя на смену обычаю, вносит определенные уточнения (без изменения сути и содержания), делающая конкретное правило более четким. И еще один вариант, когда правовая норма появляется как синтез нескольких обычаев. Таким образом, последовательная замена обычаев, превращает их в положительное право.

Следующей формой государственного санкционирования обычая является отсылка к нему в законе. В наше время это самый распространенный вид придания норме государственно-правового характера. Очень важно, что при такой санкции обычай превращается в элемент национального права, не утрачивая при этом характер обычая.

При этом этой форме санкционирования присуще следующее: санкционирование может носить достаточно, общий характер, когда в Конституциях государств есть ссылка на обычай как источник права; когда в специальных нормативных актах имеются разрешения законодателя в определенных правоотношениях руководствоваться местными обычаями; а так же когда диспозитивная норма допускает использование правовых обычаев в случаях, если нет соответствующего законодательства, то есть обычай носит субсидиарный характер.

Наряду с санкционированием норм обычного права, государство в случае необходимости и целесообразности может предоставить защиту тех обычаев, которые лежат в не правовой сфере. В данном случае обычай превращают в закон и обеспечивают его применение соответствующей санкцией.

Одной из основных форм санкционирования обычая выступает судебное решение. В случае, когда суды систематически применяют ту или иную норму обычного права, такая норма превращается в санкционированный обычай. При определенных исторических условиях, сама юридическая практика может привести к образованию своеобразных судебных обычаев, которая со временем может сложиться, например, в систему английского общего права.

Иногда для применения норм обычного права не обязательна прямая отсылка к ним закона. Нормы обычного права действуют и с «молчаливого согласия» законодателя. Попытка утверждать о том же была сделана Н. И. Разумовичем, Е. В. Колесниковым, Д. Ж. Валеевым .

Надо оговориться, что дальнейший генезис государства сузил санкционирующую роль судов либо вообще ее устранил. Это связано с тем, что государства, во-первых, не применяют такой источник права как правовой обычай, во-вторых, в высших по юридической силе нормативно-правовых актах признают его полноправным источником права, либо, в третьих, допускают ссылки на обычное право в действующем законодательстве. Таким образом, обычай, применяемый судом, уже является санкционированным государством.

Вопрос о судебном санкционировании обычных норм порождает неоднозначную трактовку. Такие ученые как Г. Ф. Шершеневич, С. Голунский, С. С. Алексеев и другие утверждают, что это один из видов государственного санкционирования. С другой же стороны, Регельсбергер, Г. Кельзен, Д. Ж. Валеев и др., отрицают данный подход (а кроме того и возражают против того, чтобы рассматривать санкцию государством, обычая как признак, превращающий неюридический обычай в правовую норму) и настаивают на том, что «молчаливое согласие» законодателя нельзя рассматривать как санкцию государства. Отсюда первоначальную деятельность судов обычного права несправедливо причислять к государственной.

В конституционном праве многих развивающихся стран имеет место особый вид правового обычая. Потому можно выделить еще одну форму санкционирования государства - конституционное соглашение, суть которого выражается в создании неписаных поправок к неписаной Конституции. Понятие и принцип его действия заимствованы из Английской правовой системы, где эти конституционные обычаи являются одним из важнейших источников государственного права. В Великобритании основной закон государства носит неписаный характер. Не найдется ни одного статута или судебного решения, которые бы провозглашали Великое Британское Королевство конституционной парламентарной монархией. «Именно соглашения выступают формой выражения механизмов сдерживания и контроля ветвей власти». По мнению Р. Давида, «английское конституционное право казалось бы абсурдным, если его излагать без учета конституционных обычаев, которым теоретически не придается юридический характер, но которые господствуют в английской политической жизни». Чиркин В.Е. определяет эту дефиницию, как обычай, складывающийся в процессе практической деятельности конституционного механизма, на основе конституционных соглашений.

# Судебный прецедент

Судебный прецедент (от лат. praecedens, родительный падеж praecedentis — предшествующий) — решение определённого суда по конкретному делу, имеющее силу источника права (то есть устанавливающее, изменяющее или отменяющее правовые нормы).

Как источник права прецедент известен с древнейших времен. В Древнем Риме в качестве прецедентов выступали эдикты (устные заявления) или решения по конкретным делам преторов и других магистратов. Первоначально они имели обязательную силу при рассмотрении аналогичных дел лишь для самих магистратов, их принявших, и лишь в течение определенного срока, однако постепенно наиболее удачные эдикты приобрели устойчивый характер и постепенно сложились в систему общеобязательных норм под названием преторского права.

Прецедент широко использовался в средние века как источник права. После того, как Вильгельм I Завоеватель захватил Англию в 1066 году, создаются королевские разъездные суды, которые от имени Короны решали дела с выездом на места. Выработываемые судьями решения брались за основу другими судебными инстанциями при рассмотрении аналогичных дел. На смену разрозненным местным актам приходит общее для всей страны право. Так стала складываться единая система прецедентов, общая для всей Англии, получившая название "общее право" (англ. common law). В странах англо-саксонской правовой семьи прецедент является основой правовой системы, в некоторых других странах (например, Франции) прецеденты используются для восполнения пробелов в законодательстве.

Существует иерархия прецедентов, согласно которой решения, принятые вышестоящими судами (например, Палатой Лордов в Англии и Уэльсе) обязательны для нижестоящих в использовании при аналогичных ситуациях (stare decisis).

Причём Палата Лордов не связана своими прецедентами, и может не придерживаться своих прежних решений, это следует из заявления лорд-канцлера, сделанного в 1966 году. Палата лордов на будущее отказалась от этого правила в случаях, когда особые соображения требуют достаточно умеренно использовать это нововведение. Она отрицательно отнеслась к тому, что Апелляционный суд отказался следовать одному из своих решений, считая, что суд поступил так по невнимательности. В Англии и Уэльсе обязательный прецедент создают только Палата Лордов и Высшие суды (составляющие верховный суд).

Если норма закона противоречит норме прецедента, то используется положение закона, хотя обычно законы "не могут быть использованы, пока их положения не разъяснены судами". Так, в Англии принято ссылаться не на закон, а на прецедент, в котором он использован. В силу неоднозначности трактовки многих решений такая система создаёт весьма широкий простор для судебного усмотрения.

Прецедент состоит (самый распространенный подход) из необходимой основы решения (ratio decidendi - само правило, что формирует правовую норму), и из попутно сказанного (obiter dictum - другие обстоятельства дела, обосновывающие решение). Сам судья не определяет, что в решении ratio decidendi, а что obiter dictum - это делает другой судья, устанавливая, является ли данное решение прецедентом для дела, которое он рассматривает.

Английские судебные решения цитируются так - Read v. Lyons (1947) A.C. 156: Рид — истец, Лайонс — ответчик. Буква «v.» , разделяющая эти имена, — сокращенное «versus» — «против». Дальнейшие данные указывают, что решение помещено в сборнике «Law Reports» в серии «Appeal cases» (решения Апелляционного суда) в томе, изданном в 1947 году, на странице 156 и след.



# Судебный прецедент в России

В России прецедент официально не является источником права, хотя на практике решения вышестоящих судов часто принимаются во внимание при разрешении споров. Роль прецедента в некотором смысле выполняют постановления Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного Судов по отдельным вопросам правоприменения.

Однако, в последнее время в российской правовой науке ведутся бурные дискуссии на предмет того, что право судебного прецедента могло бы стать самостоятельным источником права в России. Необходимость судебного прецедента мотивируется обязанностью высших судебных органов в части обеспечения единства судебной практики (ч.3 ст.377 и ст. 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации), или, иначе единообразия в толковании и применении судами норм права (п.1) ст. 304 Арбитражного процессуального Кодекса Российской Федерации). Единство (единообразие) же по мнению апологетов судебного прецедента в России есть средство обеспечения равенства всех перед законом и судом (ч.1 ст.19 Конституции Российской Федерации).

Оппоненты возражают, указывая на то, что феномен единства (единообразия) не является однозначным, что для введения права судебного прецедента необходимо вносить изменения в Конституцию Российской Федерации, в ст. 120 которой записано о том, что судьи независимы и подчиняются только Конституции и федеральному закону. Кроме того, полномочия в части обеспечения единства (единообразия) судебной практики не мотивированы текстом Конституции, в ст. 126 и 127 которой установлена обязанность судов в части разъяснений судебной практики, но не в части обеспечения её единства.

# Правовая доктрина

Для романо-германской правовой семьи характерным источником права в течение длительного времени считалась и считается правовая доктрина. В иудаизме источником права выступает Письменная Тора (Танах) и Устный Закон, зафиксированный в Мишне и Талмуде. В качестве важнейших форм (источников) мусульманского права выступают: Коран — священная книга ислама, Сунна, или традиции, связанные с посланцем Бога, иджма, или «единое соглашение мусульманского общества» и кияс, или суждение по аналогии'.

**ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА КАК ИСТОЧНИК КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА** — используемые в некоторых странах при наличии пробела в законодательстве положения из работ известных ученых для юридического решения возникшего спора, имеющего конституционное значение. В РФ правовая доктрина источником права не признается. В то же время компетентные научные труды, толкование конституционного законодательства (к примеру, научные комментарии Конституции, федеральных законов) являются своего рода руководящими началами для должностных лиц и государственных органов, применяющих нормы конституционного права.

# Нормативный договор

Нормативный договор — один из видов источников права, представляет собой соглашение (как правило, хотя бы одной из сторон в котором выступает государство), из которого вытекают общеобязательные правила поведения (нормы права).

Сущностным признаком, отличающим договор от правового акта, является его санкционирование несколькими субъектами правотворчества.

Нормативный договор может быть международным, либо же это может быть договор в рамках одного государства, например, между федерацией и её субъектами.

