**Общая характеристика источников гражданского и торгового права в основных правовых системах современности.**

Источники - внешняя форма права, т.е. та форма, в которую облекаются сами правовые нормы.

Существует четыре вида источников:

1) законы или акты законодательной власти;

2) подзаконные акты или акты исполнительной власти;

3) ведомственные нормативные акты;

3) судебная практика;

4) обычаи;

Некоторые авторы выделяют также доктрину. Однако юридическая доктрина формально не является источником права. Но так или иначе доктрина влияет на решение суда и т.д.

Система источников права - совокупность источников права.

Система источников права не одинакова для разных правовых семей.

1. В системе романо-германского права закон стоит на первом месте, акты исполнительной (административной) власти - на втором. Органы суда правотворчеством не наделены, то есть судебная практика - не является источником права. Обычаи - дополнительный источник права (субсидиарный). Частная практика кодифицирована. Кодифицированные законы утверждены, введены законом и поэтому обладают наиболее высокой властью в иерархии источников права.

Административные акты - формально стоят на втором месте, но их роль постоянно увеличивается и объем их более широк по сравнению с законами, потому что законодатель - лицо выборное, избирается на определенный срок, парламент существует в течение определенного срока, в парламенте существуют определенные течения, складываются определенным образом политические силы, поэтому акты не всегда быстро проходят рассмотрение в парламенте.

Во всех странах законодатель делегирует (передает) достаточно большую часть своих полномочий исполнительной власти. Поэтому делегированное законодательство - это объем административных актов, которые приняты в связи с делегированием полномочий исполнительной власти.

В ряде стран делегирование полномочий закреплено в конституции.

Например: Франция 38 статья Конституция “Ордонанс (акты правительства) имеют силу закона”.

Конечно, такие акты не должны противоречить конституции и законам.

Судебная практика, как мы уже отмечали - не источник права.

Например статья 5 Французского гражданского кодекса.

“Судья не должен выносить решение в виде общего постановления.”

4 статья “В случае неясности, недостаточности закона или его отсутствии судья не может отказать в правосудии. Под страхом уголовного преследования”.

Между ними противоречий нет, судья должен будет толковать законодательство вообще и определяет закон в частности, или искать аналогию закона, или прибегать к аналогии права вообще, или исходить из общих принципов права, но рассмотреть дело требуется обязательно.

Французская судебная практика сделала много, чтобы дополнить ФГК.

Если при создании ФГК отсутствовал институт страхования, то судебная практика выработала договор страхования, исходя из аналогии закона, применяя договор в пользу третьего лица.

ФГК не определял круг отношений, на который был рассчитан, т.е. не указывал, что эти отношения имущественные и лично неимущественные; судебная практика постепенно определила, какие отношения регулирует ГК.

Таким образом необходим отметить, что роль судебной практики велика.

Так в Российской Федерации также возрастает роль судебной практики: сборники постановлений Высшего Арбитражного суда и Верховного суда Российской Федерации – обязательны в исполнении для нижестоящих судов.

В Швейцарии ГК 1907 г. дал самые широкие полномочия судьям. Статья 1 гласит: “при отсутствии в законе соответствующего положения судья должен решить согласно обычному праву, т.е. по обычаю, а при отсутствии обычая согласно тем правилам, которые он установил бы, если бы был законодателем.”

Те правила, которые разрабатывает швейцарский судья, обязательны для применения всеми остальными судьями.

Обычай - это есть правило поведения, сложившийся в определенной области отношений, носящий постоянный характер, используемое в течение длительного времени и санкционированное государством, т.е. государство разрешает применение обычаев судами и другими правоприменительными органами, тем самым, возводя обычай в рамки источников права. Обычаев не так уж и много, в основном в семейном праве, сохраняются обычаи территориального характера: обычаи провинций и земель в том или ином государстве, сохраняются местные (локальные) обычаи.

Местные экономические обычаи - обычаи морских портов (начало работы порта, порядок захода судов, порядок лоцманской проводки и т.д.); (этот обычай связан с географической особенностью порта). Обычай внешней торговли, кот. складываются при заключении внешнеторговых договоров. Эти обычаи систематизирует международная торговая палата (МТП или ICC - International Chamber of Commerce) и дает им толкование.

Выделяют также обыкновение. Однако в большинстве стран обыкновение - это не источник права. - только в торговом кодексе США есть определение торгового обыкновения - это любая практика или порядок деловых отношений в тех или иных местах, профессиях или сфере деятельности, кот. носит относительно постоянный характер применения и тоже ожидается в отношении конкретной сделки.

Наличие содержания обыкновений доказываются как факты. (Этим обыкновения отличаются от обычая), но обычай санкционирован государством, а обыкновения суд не обязан знать. Последнее время роль обыкновения постоянно возрастает. За последние десять лет в предпринимательской сфере, в торговом обороте все чаще предприниматели, занимающиеся какой-либо деятельностью, вступают в союзы, ассоциации и создают свои собственные своды правил, правила поведения или кодексы этики поведения, которые доводятся до сведения покупателя и которых может не быть у нечленов союза, ассоциации. Эти своды правил и есть обыкновения. И таких обыкновений становится все больше и больше.

Заведенный порядок (чаще используется в американской практике) - order of dealing - это единообразное поведение сторон по данной сделке, т.е. между конкретными лицами, которые устанавливают основу их взаимоотношений на основании предшествующего поведения сторон по данной сделке (т.к. не все записывается в контракте, то используется их предшествующее поведение, т.е. заведенный порядок, который сказывается на толковании договора судом или исполнения договора). Заведенный порядок касается только конкретных сторон по данному договору. Это понятие менее широкое, чем торговый обычай и торговые обыкновения.

В романо-германской семье систематизация права осуществляется с помощью кодексов.

Кодифицированный акт - это акт, в котором все правовые нормы расположены в строгой логической связи и в точном соответствии одна за другой не имеет, как правило, противоречий между собой.

В системе общего права кодексов нет (ни гражданского, ни торгового).

Систематизация в этих странах строится иначе.

Англия. Все многообразие законов подзаконных актов в судебной практике систематизируется путем издания консолидированных актов, в которых достаточно механически собираются все правовые нормы из всех предшествующих законов или судебной практики (для того, чтобы сделать более удобную работу с правовыми нормами).

Однако консолидированные акты могут содержать в себе противоречия.

Итак, мы перешли к рассмотрению источников Англосаксонской правовой семьи.

Рассмотрим источники гражданского и торгового права на примере Англии. В настоящее время в Англии гражданское право не кодифицировано и вообще роль так называемого писанного права значительно меньше, чем роль неписаного права (прециндентного - case low и считается до сих пор ведущим источником гражданского права).

Общая суть прецедента такова: вынося решение по конкретному делу, суд формулирует судебный документ, который называют решением. В этом судебном документе содержится обязывающие предписания в отношении конкретных сторон спора, а также содержится общая правовая норма, сформулированная судом, обязательно для применения всеми ниже стоящими судами и судами на равном положении.

Прецедент - это сердцевина судебного решения, правовая норма сформулированная судебным решением.

Судебное решение делится на две части:

1 - ratio decidendi - это и есть правовая норма.

2 - obiter dicta

Судья должен описать правовую норму в решении вышестоящих судах. В определенной степени помогают судьям в нахождении правовых норм издания судебников или ежегодников судебных решений. Судебники издаются палатой Лордов, высшей судебной инстанцией, и при составлении уже происходит некий отбор правовых норм, решений. Судебные решения, которые не вошли в ежегодник, не содержат правовой нормы. Значит, судьям не нужно обращаться к архивам, а достаточно прочитать этот ежегодник. Есть одна проблема - проблема толкования правовых норм, сформулированных судом. Очень редко, когда все обстоятельства дела бывают абсолютно аналогичными, и при рассмотрении дела судья уже описал правовую норму и готов ее применить, задумывается над тем, что может ли эта правовая норма регулировать правоотношения, которые он сейчас рассматривает конкретно и именно эта ситуация дает возможность так называемому широкому толкованию. Судья должен решить какую норму применить, можно ли ее применить или он будет применять какую-то иную норму.

Имеется также прецедентное право и статутное право. Законы принимаются парламентом, имеются полные административные акты. В праве существует признак верховенства закона, т.е. закон всегда стоит на первом месте. Закон может отменить прецедентную норму, законодатель тоже может отменить прецедентную норму. Но вот тут возникает особенность: нижестоящие суды при применении закона руководствуются не только нормами этого закона, но и решениями всех вышестоящих судов, которые этот закон уже применяет. И получается, что любой новый закон прежде чем он начнет работать, должен постепенно обрасти прецедентами, как ракушками. (Великий английский юрист сказал: “закон живет в прецеденте”). Формально закон стоит на первом месте, а фактически прецедент остается ведущим источником права.

Статутное законодательство собрано в сборнике законов, которое составляет более 50-ти томов. Прецедентов тоже очень много, и насчитывается более 800 тыс. (уголовные, административные, гражданские).

Административные акты. Эти акты могут (в Англии) издавать целый ряд органов: правительство, местные органы исполнительной власти, отдельные корпорации, юридические лица, находящиеся на государственной службе.

**Список литературы**

1. Конвенция ООН О договорах международной купли-продажи товаров от 11 апреля 1980 года. Документ опубликован в Вестнике Высшего арбитражного суда Российской Федерации, 1994, N1.

2. Международные правила толкования торговых терминов "Инкотермс" (Публикация Международной торговой палаты 1990 г. N 460). Текст Международных правил опубликован в Материалах Международной торговой палаты (Библиотека юриста-международника) издательством Внешнеэкономического Центра "Совинтерюр", Москва, 1992 г.

3. Постановление ВС СССР от 23 мая 1990 г. N 1511-1 "О присоединении Союза Советских Социалистических Республик к Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров". Текст постановления опубликован в Ведомостях Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР от 23 мая 1990 г., N 23, ст. 428.

4. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 марта 1997 г. N 4670/96. Текст постановления (в извлечениях) опубликован в Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1997, N6.

5. Гражданское и торговое право зарубежных стран. Учебник. М. 2000.

6. И. Т. Балабанов, А. И. Балабанов. Внешнеэкономические связи. М. 1999.

7. Ф.М.Решетников. Правовые системы стран мира. М. 1993.