**СОДЕРЖАНИЕ:**

Наряду с этим источником права следует также признать форму выражения государственной воли, форму, в которой содержится правовое решение государства. С помощью формы право обретает свои неотъемлемые черты и признаки: общеобязательность, общеизвестность и т.д. Это понятие источника имеет значение емкости, в которую заключены юридические формы.

Обычно в теории называют четыре вида источников права: нормативный акт, судебный прецедент, санкционированный обычай и договор. В отдельные исторические периоды источниками права признавали правосознание, правовую идеологию, а также деятельность юристов.

В большой степени, нас интересует, такой источник права, как – юридический прецедент.

В недавнем прошлом в советской правовой науке прецедент как источник права оценивался только отрицательно, однако в последнее время тон критических высказываний несколько смягчился. Более того, уже встречаются предложения о необходимости приравнять судебную доктрину к источникам права. Думается, что предлагаемое возможно, но для этого необходимы независимы суд и соответствующая правовая подготовка судей, а также формирование их правосознания в том направлении, при котором станет возможным их правотворчество.

Цель данной курсовой работы состоит в том, чтобы рассмотреть юридический прецедент как источник права, проанализировать историческое развитие прецедента на территориях различных государств, выяснить истоки юридического прецедента и рассмотреть возможность действия прецедента в нашей российской действительности.

# 2. Судебный прецедент

Судебный прецедент – источник права, наибольшей мере раскрывающей своеобразие англосаксонской правовой системы. возникшей в Англии и распространившейся в десятках стран мира, он повсеместно остается в основе своей английским, хотя, конечно, и отражает специфику местных условий и британской колониальной политики. Мы рассмотрим сначала его «классическую» английскую разновидность.

Специфика английского права состоит отнюдь не в прецеденте как таковом, когда ранее вынесенные решения принимаются во внимание при рассмотрении сходных вопросов. Такого рода прецеденты играли важную роль в развитии практических всех правовых систем, не утратив значения и сегодня. Речь идет о действии доктрины прецедента, или stare decisis, суть которой в обязанности судов следовать решениям судов более высокого уровня, а также в связанности апелляционных судов своими прежними решениями.

Условием действия системы прецедентов является наличие источников информации о прецедентах, т.е. судебных отчетов. Об их важности свидетельствует тот факт, что доктрина обязательности прецедента сложилась в современном виде лишь в середине XIX в., когда запись судебных отчетов стала цельной системой.

Доктрина прецедента (stare decisis), обуславливает особую роль суда в формировании и развитии права.

Если не европейском континенте судьи лишь применяют правовые нормы, то в условиях прецедентного, или общего, права (common law, iudge – made law), вынося решение или приговор, они одновременно объявляют или создают право, то есть выступают в роли законодателей.

Альтернатива – «объявляют или создают» - объясняется не одинаковой природой судебных прецедентов. Одни из них (деклараторные) повторяют уже существующие нормы права или дают их толкование. Другие (креативные) – восполняют пробелы законодательства и создают таким образом новую норму. В любом случае решение или приговор суда становятся обязательными для нижестоящих судов и, как правило, для судов того же уровня. При этом обязательным является не все судебные решения, а лишь та его часть, которая называется ratio decidendi. видный английский юрист Р. Уолкер определяет ее как «применяемое к правовым вопросам, возникающим в связи с установленными судом фактами, правоположение, на котором основано решение». Иначе – это принцип, лежащий в основе решения. Данному принципу в дальнейшем и будут следовать судьи. Наряду с ratio decidendi составной частью судебного решения является obiter dicta (попутно сказанное), то есть умозаключение, либо основанное на факте, существование которого не было предметом рассмотрения суда, либо хотя и основанное на установленных фактах, но не составляющее сути решения. Для английского права характерно деление прецедентов на обязательные, или связывающие, и убедительные (persuasive authority). Если ratio decidendi является прецедентом, то obiter dicta может им стать лишь в силу своей убедительности. Вместе с тем в известных ситуациях и rationis decidendi могут рассматриваться в качестве убедительных прецедентов. Речь идет о решениях судов более низкого уровня, чем тот, которому предлагается последовать этим решениям, а также о решениях судов Шотландии и стран общего права, которые в Англии имеют только убедительную силу.

Определение характера прецедента и степени его обязательности применительно к конкретному делу предполагает разработанную технику отличий как ratio от obiter «внутри» судебного решения, так собственно прецедентов от фактической основы дела. Поэтому согласно доктрине общего права определенность, точность и гибкость составляют его преимущества.

Однако теория и практика здесь не всегда совпадают. Так, например считается, что точность обусловлена возможностью выбрать соответствующий прецедент среди судебных решений, отраженных в судебных отчетах. При этом казуистический характер прецедентов рассматривается не как недостаток, а как достоинство, ибо он позволяет более точно, чем абстрактная норма кодекса, отразить все детали и особенности конкретного дела. Однако едва ли способно обеспечить точность общего права огромное и все возрастающее количество судебных прецедентов, ориентироваться в которых сложно даже профессиональным юристам.

Существенной проблемой является ограничение ratio decidendi от obiter dictum, поскольку «методология их выделения до конца не разработана». По мнению профессора Калифорнийского университета М.А. Эйзенберга, далеко не ясны принципы, которые суд использует или должен использовать при создании норм общего права. При этом в отличии от законодателя суд не обладает свободой выбора нет норм и политики, которые он считает лучшими. Африканский ученый Ц. Огвурике сравнивает принцип обязательности решений высшего суда с уздой ограничивающей действия судей как создателей права.

В Англии сложился принцип жестокого следования прецедентам. Наиболее ярко он проявляется в правиле, согласно которому авторитет старых прецедентов старых прецедентов с течением времени не только не утрачивается, но, напротив, возрастает.

В целом общее право представляет собой сложный и противоречивый комплекс правил, оговорок, фикций и т.д., которые, с одной стороны, жестко связывают свободу усмотрения судьи, с другой – позволяют отступать от принципа stare decisis при внешней видимости его соблюдения. В самом деле, указанный принцип обязывает судью следовать уже вынесенному решению. Но одновременно судья связан им лишь постольку, поскольку установит аналогию между этим решением и рассматриваемым делом. Прецеденты, которые, по мнению судьи, не относятся к делу, он не должен применять. Однако если судья установит, что прецедент имеет обязывающую силу, ему необходимо следовать, даже если это противоречит личному убеждению судьи. С другой стороны, поскольку каждое ratio decidendi базируется на существенных фактах, а двух одинаковых дел практически не бывает, у судьи есть возможность признать, что данное дело и прецедент различаются между собой. Для этого достаточно объявить существенным любой факт, который не является для них общим. Как отмечает Р. Уолкер, судебные отчеты заполнены таким искусственно созданными различиями, когда очевидно, что судья не хотел следовать явно обязательному прецеденту.

Вместе с тем в известных ситуациях возможны исключения из принципа stare decisis. р. Кросс приводит двенадцать таких исключений. Наиболее распространенны из них формулированы в прецеденте Young (1944 г.) и сводятся к следующему:

1. суд в праве и обязан решить, какому из своих двух конфликтующих прецедентов он последует;
2. суд должен отказаться последовать своему прецеденту, который хотя и не был ясно отвергнут, но, по мнению суда, не может быть совместным с прецедентом палаты лордов;
3. суд не обязан следовать своему прецеденту, если считает, что решение было вынесено pev incuriam (по небрежности), то есть при незнании или забвении некоторых противоречащих решению статусных норм или обязательных для соответствующего суда прецедентов. Наконец, при отсутствии или недостаточности предшествующих прецедентов судья в праве рассмотреть дело «по первому впечатлению».

Думается, что гибкость и оперативность, которые демонстрирует в последнем случае общее право, перевешиваются нежелательными последствиями правотворчества ex post factum, когда новый прецедент по существу обладает обратной силой. Английская правовая доктрина неоднозначно оценивает эту правотворческую роль суда. «Созидательная теория» Остина непосредственно признает судейское право, а деклараторная теория Блекстона исходит из того, что приговор или решение суда – это форма выражения общего права, которое никогда не меняется, а лишь заново правильно излагается.

Вместе с тем жестокое следование прецедентам отнюдь не исключает возможности отмены действующих прецедентов. Так, вышестоящий суд может отвергнуть решение нижестоящего, а в некоторых случаях и свои предыдущие решения, кроме того, любая правовая система может быть изменена парламентским актом. при этом отмененный прецедент имеет ретроспективное действие, что негативно сказывается на уже сложившихся отношениях.

Говоря о соотношении прецедента и закона, следует учитывать, по меньшей мере, три фактора. Во-первых, утрату прецедентом со второй половины XIX века своего верховенства в правовой системе. Во-вторых, неоднозначность «взаимоотношений» закона и прецедента, ибо приоритетом обладает и закон по отношению к прецеденту, поскольку последний может быть отменен нормой закона, что вытекает из обязанности суда толковать акты парламента. При этом лишь нормы законодательства, получившие судебное истолкование, считаются частью общего права. В итоге при рассмотрении дел суды применяют не норму закона как таковую, а норму, возникшую при его толковании, что ведет к фактическому сужению сферы действия законодательства за счет общего права, а нередко и к существенному разрыву между собственной нормой статуса и ее судебной интерпретацией. Наконец, третий фактор – это в известном смысле надгосударственный характер общего права, действующего в большой группе англоязычных стран… Существует общее право стран с английским языком, - пишет Р. Давид. Поэтому требуется обоснование, если в какой-нибудь стране с английским языком судья откажется применить норму, принятую судьями в других странах и как бы входящую в систему общего права, существующую для этих стран. Такое положение вступает в конфликт с принципом верховенства конституции в системе источников права. Вместе с тем, будучи санкционированным применившим его судом, судебный прецедент престает быть иностранным и становится источником национального права.

В других (кроме Англии) странах общего права судебный прецедент действует лишь на определенную ограничивающую дату. Неодинакова и степень строгости в следовании правилу прецедента. В США, например, отказались от принципа «жестокого прецедента», предоставив судебным органам полную свободу в установлении и изменении прецедентов. Верховный суд страны и апелляционные суды штатов не считают себя безусловно связанными своими прежними решениями. Отменяя устаревшие прецеденты, эти суды могут по своему усмотрению отвергнуть прецедент ретроспективного или только на будущие. В англоязычных развивающихся странах отступление от принципа stare decisis стали обычными уже в колониальный период. В частности, высшая апелляционная инстанция на решения колониальных судов – судебный комитет Тайного совета еще с 1898 г. не считал себя абсолютно связанным своими прежними решениями по апелляциям.

Суды колоний были связаны его решениями только в том случае, если они вынесены по делам, обжалованным из судов той же колонии. Решения по апелляциям из других колониальных стран имели обычно лишь убедительную силу. На английских территориях в странах Азии и Африки с их значительным «пластом» традиционных или полутрадиционных структур английское право (судебный прецедент как его важнейший источник) действовали обычно лишь в той мере, в какой позволяли местные условия. Нормы общего права применялись только тогда, когда они соответствовали «естественному правосудию, справедливости и доброй совести». С другой стороны, эта формула, которой следовали колониальные суды, способствовала внедрению принципов английского права в местные правовые системы.

После обретения независимости функций судебного комитета Тайного совета восприняли в этих странах национальные верховные суды, которые унаследовали и право отступать от решений своего предшественника. Более того, Верховный суд Индии, например, вправе пересматривать прежние решения английских и американских судов, примененные в этой стране.

В этих странах существует трехчленное деление прецедентов на связывающие, в высокой степени убедительного. Решение Тайного совета колониального периода сегодня обычно рассматриваются как в высшей степени убедительные прецеденты. Однако на практике их реальный вес может быть и большим.

Так индийские юристы и суды предпочитают возвращаться к английскому праву и английскому прецеденту.

Не маловажно и то, что английское общее право – это «готовая и достаточно гибкая правовая форма», отвечающая потребностям развития буржуазных отношений. последний фактор, пожалуй, в наибольшей мере определяет высокую устойчивость и живучесть прецедентного права.

3.

В сороковые-пятидесятые годы двадцатого века в нашей стране предпринимались попытки представления руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР в качестве источника уголовного права. Однако в силу целого ряда объективных и субъективных причин и прежде всего, по мнению некоторых авторов, в силу причин «идеологического порядка» судебный прецедент вынуждали объявлять «чуть ли не персональной нон грата для советского права».

Тем не менее, констатировалось в научной литературе «изгоняемый из уголовного права «в дверь» судебный прецедент упрямо «лез в окно» и зачастую не безуспешно» и первое его «наиболее легальное возвращение в уголовно-правовую доктрину выразилось в теоретическом обсуждении вопроса о юридической природе руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда СССР».

Аналогичные попытки рассмотрения судебного прецедента в качестве источника права предпринимались в послевоенный период и в других отраслях советского права. Однако, как на общетеоретическом уровне, так и на уровне отдельных отраслей права они представлялись недостаточно обоснованными слабо аргументированными, а иногда и ошибочными.

В основу официальной концепции советского права был заложен тезис, а точнее аксиома, согласно которой социалистическое право вообще, а советское в частичности, не могло рассматривать судебный прецедент в качестве источника права, поскольку это ассоциировалось:

а) разрушение социалистической законности, понимаемой лишь как строгое и неуклонное соблюдение законов и других законодательных актов;

б) с возможным судебным произволом в процессе одновременного выполнения правотворческих и правоприменительных функций;

в) с подрывом или же, по меньшей мере, с ослаблением правотворческой деятельности законодательных органов.

Социалистические государства, отмечалось в связи с этим во многих отечественных источниках советского периода, «не знают такого источника права, как судебный прецедент, который ведет к отступлениям от начала законности и подрывает роль представительных органов государства в законодательной деятельности». Социалистические судебные органы, делался вывод, «осуществляют правосудие как одну из форм применения закона, не связанную с правотворческими полномочиями суда при разрешении конкретных дел».

Данная точка зрения была преобладающей в рассматриваемый период не только в общей теории государства и права, но и в отраслевых дисциплинах. Однако, это была все же теория и официальная доктрина.

В действительности же, на практике, как утверждают некоторые исследователи «все обстояло проще». А именно – «судебный прецедент и судебное правотворчество существовали, прикрывая свое бытие различными легальными формами».

Это проявилось, по мнению авторов, во-первых, в том, что пленумам Верховного Суда СССР и Верховных Судов союзных республик было предоставлено право давать в пределах имеющихся у них компетенций руководящие разъяснения по вопросам правильного и единообразного применения законодательства, обязательные для всех нижестоящих судов. В практическом плане это означало, что пленумы названных судов «осуществляли судебное правотворчество, на что не были уполномочены законодательством», которое представляло им лишь право законодательной инициативы или обращения в соответствующие органы с представлением («ходатайством») о толковании закона.

А во-вторых, это проявлялось в «непосредственном» использовании судебного прецедента на практике, в качестве которого рассматривались «решения пленумов и судебных коллегий Верховного Суда СССР и Верховных Судов союзных республик, а также президиумов последних».

Опубликование решений данных судебных инстанций по конкретным гражданским и уголовным делам в юридической периодике позволяло, по наблюдению авторов «заинтересованным лицам добиваться сходных решений в сходных случаях по всем аналогичным категориям дел, рассматривающихся нижестоящими судами».

Аналогичная точка зрения относительно существования судебного прецедента как источника советского права разделяется и некоторыми другими авторами.

Фактически судебная практика, выражается в разъяснениях Пленума Верховного Суда СССР и Пленума Верховного Суда РСФСР, замечал по этому поводу заместитель Председателя Верховного Суда РФ В.М. Жуйков, всегда «признавалась источником права, поскольку в судебных решениях допускались ссылки на нее как на правовую основу разрешения дела». Не будучи признанной официально, она тем не мене «фактически всегда учитывалась нижестоящими судами в качестве ориентира в вопросах применения и толкования права, устранения пробелов в нем, применения аналогии закона или аналогии права».

Однако данная точка зрения никогда не пользовалась и не пользуется, вплоть до настоящего времени поддержкой большинства исследователей.

И так представляется, дело при этом заключается не только и даже не столько в «идеологической ангажированности» авторов, которые не признают прецедент как источник права, или в причинах политического характера, согласно которым судебный прецедент не признавался в качестве источника советского права лишь по тому, что «суд в силу его большей независимости и квалификации гораздо менее приемлем и удобен для тоталитарного режима в качестве органа власти». Это было бы слишком простое и довольно поверхностное объяснение столь не простой проблемы.

Причины непризнания прецедента как источника права в советский период лежат по-видимому, гораздо глубже, и они серьезнее, чем кажется на первый взгляд. Их следует искать прежде всего в самой весьма сложной, многогранной, а нередко и весьма противоречивой материи, именуемой судебной практикой.

# 4. Отношение к прецеденту в постсоветский период

Изменилось ли отношение к прецеденту как источнику российского права в современный, постсоветский период? Несомненно, изменилось. И причем настолько, что можно даже говорить о радикальном изменении в этом направлении.

При этом речь, разумеется, не идет об изменении официально-правовой доктрины и об официальном признании и правовом закреплении прецедента как источника российского права. Официальное, формально-юридическое отношение к нему остается пока еще прежним. Прецедент по-прежнему формально не признается в качестве источника российского права.

Под «радикальностью» изменения отношения к прецеденту в постсоветский период имеется в виду, во-первых, резкое расширение сферы применения судебной практики в России с начала 90-х годов, со времени создания Конституционного суда. А во-вторых, в значительной мере как следствие первого, заметное изменение отношения к прецеденту отечественных исследователей, юристов – ученых и практиков в сторону признания его в качестве одного из источников российского права.

Прецедент, как справедливо отмечалось в отечественной литературе, все более заметно и настойчиво «пробивает себе дорогу в российскую правовую систему». И, несмотря на то, что вопрос о нем как в теоретическом плане, так и в практическом отношении остается все еще дискуссионным, тем не менее «углубление в известной мере связи между судом и законом в сторону расширения сферы судейского усмотрения» становится вполне очевидным.

Отмечая возрастающую тенденцию, направленную на признание прецедента как источника российского права, многие авторы не без оснований указывают на то, что такое признание, несомненно, будет способствовать обогащению как теории источников, так и самого российского права.

Кроме того, оно будет содействовать восполнению пробелов в праве, в нормативно-правовом регулировании. Ибо, как резонно отмечается в литературе, нельзя же требовать от законодателя, чтобы он «охватил в нормах законов все многообразие конкретных ситуаций, складывающихся в жизни». Их рассмотрением занимаются, восполняя при этом пробелы в пробелы в праве, только суды.

Наконец, применительно к отдельным отраслям права и соответствующим им отраслям юридической науки признание прецедента, а еще шире – судебной практики в качестве источника права, безусловно, будет создавать благоприятные условия и предпосылки для их дальнейшего развития и совершенствования.

Не случайно в связи с этим в некоторых отраслях юридической науки, в частности, конституционного права обращается внимание на то, что «правовая природа» постановлений Конституционного Суда «позволяет рассматривать их как юридические источники науки конституционного права». Вполне логично можно ставить подобный вопрос и в отношении других отраслей юридической науки и самого права. Однако с одной существенной оговоркой и учетом того, что усилившая тенденция к признанию прецедента в качестве источника постсоветского права, ею широкое академическое признание вовсе не означает его всеобщего признания.

Не следует, во избежание создания одностороннего, а следовательно, искаженного представления о процессе формирования прецедентного («судейского») права в современной России, игнорировать тот факт, что в вопросе о создании судебного прецедента в качестве источника права есть не только его последовательные сторонники, но и «сомневающиеся», а также его довольно сильные и последовательные противники.

В качестве примера можно сослаться на мнение Г.Н. Манова, который еще в начале 90-х годов выступал против «концепции судейского правотворчества, признающей за судьями нормотворческие полномочия». В основе такого мнения было убеждение, что «у законодателя шире социальный кругозор и, соответственно, есть возможность учета в процессе принятия решений значительно больше числа факторов». Что же касается судей, то они имеют дело лишь с «конкретной, пусть даже типичной, ситуацией». В силу этого логически следовал выводу о том, что судья не сможет столь успешно справиться с нормотворческими функциями, как это сделает законодатель.

В более поздний период аналогичную точку зрения отстаивал В.С. Нерисянц. По его мнению, судебная практика во всех проявлениях «представляет собой, согласно действующей Конституции Российской Федерации 1993 г., не правотворческую, а лишь правоприменительную (и соответствующую правотолковательную) деятельностью. Это однозначно следует из конституционной концепции российской правовой государственности и конституционной регламентации принципа разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную».

Негативную позицию в вопросе о признании прецедента как источника права занимают и другие отечественные авторы.

Приводимые ими аргументы не всегда являются убедительными, но оставлять их без внимания и хотя бы изначально предметного рассмотрения было бы неверно. Так как они проливают свет на различные стороны обсуждаемой проблемы, позволяют взглянуть на нее как бы «со стороны» и тем самым помогает найти ее наиболее оптимальное, адекватно отражающие современные российские реалии решения.

Среди довольно многочисленных и разнообразных аргументов, приводимых в защиту тезиса о непризнании судебной практики в качестве источника современного российского права, наиболее широкое распространение получили следующие.

Во-первых, утверждение о том, что признание судебной практики в качестве источника права