

На современном этапе развития общества и государства нельзя однозначно сказать, что право непосредственно воплощено в основу государственной власти и безоговорочно соблюдается и охраняется ей. Обусловлено это тем, что принцип разделения власти не соблюдается ни в одном государстве в чистой форме. В Республике Беларусь после произошедшей ломки старых социальных институтов процесс становления новой системы социальных норм (и соответственно права) только происходит и это не может не отразиться на характере форм государственной власти.

Литература

1. *Аристотель* Политика / М.: Норма. 1994. 198с.
2. *Богдановская И. Ю.* Судебный прецедент—источник права // Государство и право. 2002. № 12. С. 12–17.

СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

П. И. Левко

В самом общем смысле под источником понимается то, из чего берется, черпается что-либо; то, что дает начало чему-либо, служит основой для чего-либо. В юридической литературе существует довольно много спорных точек зрения относительно данного понятия.

Формальным основанием общеобязательности правовых норм является их внешнее выражение в определенных формах. Определенный «резервуар», в котором содержатся эти нормы, должен называться источником права в формально-юридическом смысле слова. Таким образом, источник права в формально-юридическом смысле есть внешняя форма выражения вовне правовых норм. Однако «источник права есть форма выражения именно правовой нормы, и только нормы» [1, с. 10]. Отсюда можно сделать следующий вывод, что акты применения правовых норм не являются источниками права. Источниками права являются закон, судебный прецедент, правовой обычай и др. Одни из них доминируют над другими в зависимости от принадлежности государства к той либо иной правовой семье.

Доминирующая роль судебного прецедента, который «играет роль источника права, т. е. силы, сообщающей известным правилам значения правовых норм» [2, с. 96], ярко выражена в англо-саксонских правовых системах.

Судебный прецедент – это решение по конкретному делу, которое обязательно для нижестоящего суда при решении аналогичного дела. Прецеденты устанавливаются не всеми судами, а только высшими судебными инстанциями. В Англии – Высоким судом, Апелляционным судом, Палатой лордов. В Австралии – Верховным судом штатов и территорий, Федеральным судом, Судом по семейным делам, Высоким судом. [3, с. 23]. Однако не все в решении по конкретному делу образует норму права, прецедент. Обязательной является лишь «сердцевина» решения, которая излагает норму, которая получила название «*ratio decidendi*». Определение *ratio decidendi* – важная стадия формирования прецедентной нормы. Однако данный процесс является очень сложным и запутанным. Существует ряд подходов к определению *ratio decidendi*. В странах англо-саксонской правовой семьи нет единого подхода к вопросу о том, следует ли выделять норму из одного или нескольких решений. В США предполагается, что прецедент создается несколькими судебными решениями. По мнению видного американского правоведа К. Левеллина в процессе сопоставления различных решений методом сравнения выявляется общая норма, которую следует различать [3, с. 56].

Часть судебного решения, которая не имеет обязательной силы, называется *obiter dictum* (попутно сказанное). Это могут быть, например, рассуждения суда о том, как бы надлежало поступить, если бы факты дела были другими. *Obiter dictum* носит дополнительный и аргументирующий, но необязательный характер. Эта часть решения суда по делу призвана помочь судьям в будущем, но они не обязаны следовать содержащимся в ней высказываниям и мнениям [4, с. 166].

Обязанность судей следовать предшествующим решениям получила наиболее полное выражение в правовых системах стран англо-саксонской правовой семьи в форме принципа прецедента *stare decisis*. Среди юристов нет единого устоявшегося определения данного принципа. Как правило, он не имеет законодательного закрепления. Только Конституция Индии определяет, что решения Верховного суда имеют обязательный характер [5, с. 7].

Это значит, суд может не последовать своим прецедентам только в трех случаях: 1) когда по фактическим обстоятельствам между прецедентом и рассматриваемым делом имеются существенные различия; 2) когда прецедент Апелляционного суда противоречит более позднему прецеденту Палаты лордов; 3) когда суд, создавший прецедент, не учел существовавшую тогда правовую норму [6, с. 79].

Английские юристы долгое время стремились рассматривать прецедентное право как нечто почти не изменяющееся во времени. Однако в 1966 г. Палата Лордов заявила, что более не связана своими предшествующими решениями. Верховный Суд США вообще никогда не придерживался такого правила. Верховный Суд Индии подчеркивал, что вправе отменять свои решения, если есть для этого достаточные основания или так требует общественный интерес. Высокий суд Австралии принял решение не следовать предшествующим прецедентам в 1913 г.

Подводя итог, необходимо отметить, что в англо-американской правовой семье судебный прецедент является источником права по своему значению не уступающий даже закону.

В странах романо-германской правовой семьи по общему правилу судебный прецедент не является источником права. Он вообще отсутствует в чистом виде. Хотя роль судебной практики возрастает. Под судебной практикой понимается деятельность судов по применению законодательства при рассмотрении судебных дел. Результаты этой деятельности иногда выражаются в выработке определенных положений на основе раскрытия содержания применяемых норм, а в необходимых случаях – их конкретизация и детализация. Например, в ст. 1 ГК Швеции сформулировано следующее правило: при отсутствии закона и обычая судья должен решить спор на основании такого правила, которое он установил, если бы он был законодателем, следуя традиции и судебной практики. Однако в отличие от судебного прецедента норма, созданная судебной практикой не имеет того авторитета и может быть в любой момент быть отброшена или изменена в связи с рассмотрением нового дела. Судебная практика не связана с нормами, которые она сама создала. Еще одним отличием судебной практики от прецедента является то, что на нормы, созданные ею, нельзя сослаться, даже самым общим образом для обоснования принимаемого решения. По этому поводу очень точно высказался Рене Давид: «Если в новом деле судьи применяют норму, которую они уже применяли ранее, то это делается не потому, что она приобрела обязательный характер; она его не имеет. Норма, созданная судебной практикой, существует и применяется лишь в той мере, в какой судьи (каждый судья) считают ее хорошей. Понятно, что в таких условиях трудно говорить о норме».

Однако существуют исключения из общего правила. Например, в Португалии авторитетом прецедента обладает решение пленума Верховного суда, опубликованное в официальном сборнике. В Испании сущест-

вует понятие «*doctrina legal*». В этой стране обжалование судебных решений в Верховный суд допускается, согласно закону, в случае, если в них нарушена «*doctrina legal*»: имеется в виду судебная практика, основанная на ряде решений Верховного суда.

Республика Беларусь по формальным критериям относится к романо-германской правовой семье. Поэтому необходимо определить является ли судебная практика источником права в Республике Беларусь и имеет ли здесь место судебный прецедент? Согласно ч. 10 ст. 2 Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» акты Конституционного Суда Республики Беларусь, Верховного Суда Республики Беларусь (постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь), Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь (постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь), – нормативные правовые акты, принятые в пределах их компетенции по регулированию общественных отношений, установленной Конституцией Республики Беларусь и принятыми в соответствии с ней иными законодательными актами. Отсюда можно сделать вывод, что судебная практика в Республике Беларусь является источником права, т. к. Закон «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» определил их как нормативный правовой акт, который естественно является источником права.

Однако следует иметь в виду, что данные акты дают руководящие разъяснения по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел, не содержат в себе правила и являются обязательными для судов. Поэтому данные акты необходимо считать видом судебного толкования нормативных правовых актов, которое направлено на обеспечение единства судебной практики, строгого соблюдения законности, правильного истолкования норм действующего законодательства.

Литература

1. *Зивс С. Л.* Источники права. – М.: Наука, 1981. 290 с.
2. *Трубецкой Е. Н.* Энциклопедия права. М.: Наука, 1907. 296 с.
3. *Богдановская И. Ю.* Прецедентное право. М.: Наука, 1993. 173 с.
4. *Романов А. К.* Правовая система Англии. М.: Дело, 2000. 126 с.
5. *Богдановская И. Ю.* Судебный прецедент – источник права //Государство и право. 2002. № 12. С. 4–7.
6. *Апарова Т. В.* Суды и судебный процесс Великобритании. М.: Наука, 1998. 214 с.
7. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М.: Юрид. лит., 1998. 410 с.