

АБ УНИВЕРСАЛЬНЫХ ПРИМЕТАХ ПРАВАВОГА ПРЕЦЕДЕНТА

Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта імя Янкі Купалы. Серыя 4. Правазнаўства. – 2012. – № 1 (124) – С. 6 – 17.

Правовой прецедент является традиционным источником права и используется во всех исторических и ныне существующих правовых системах. Независимо от специфики и особенностей правовой системы для правового прецедента характерна система универсальных исторических, функциональных, генетических и структурных качеств: 1) время возникновения правового прецедента; 2) место «прецедентной» нормы в системе правового регулирования; 3) область формирования правового прецедента; 4) условия возникновения правового прецедента; 5) решение по конкретному делу в качестве образца (нормы) для решения аналогичных дел; 6) обязательность ранее вынесенного решения (правило *stare decisis*); 7) структура, которая образует правовой прецедент. Специфика отдельных черт данного источника права в определенных правовых системах не влияет на модель правового прецедента в целом. При разнообразии форм проявления правового прецедента, а также понятий, которые сформировались в отдельных доктринах, общие универсальные признаки правового прецедента образуют основу общего понятия данного источника права.

Ключевые слова: источники права, правовой прецедент, признаки правового прецедента, время возникновения и сфера формирования правового прецедента, судебная система, решение по конкретному делу, правило обязательности правового прецедента.

Уводзіны. Разглядаючы праблему суадносінаў разнастайнасці паняццяў і формаў праяўлення судовага прэцэдэнта, прафесар М.Н. Марчанка сфармуляваў задачу фарміравання «...четкого представления о нем и разработке, на основе общих, проявляющихся в каждой системе прецедентного права признаков и черт, его общего, «универсального» понятия» [1, с. 56]. Дадзеная задача можа быць вырашана рознымі шляхамі. Адзін з іх – фармуляванне абагульненняў, якія абапіраюцца на вопыт функцыянавання прававога прэцэдэнта ў асобных нацыянальных прававых сістэмах і сем'ях. Праявай дадзенай дактрынальнай традыцыі з'яўляюцца пазіцыі Я.В. Калеснікава і С.К. Загайнавай адносна ўніверсальных, характэрных рысаў прававога прэцэдэнта. Грунтуючыся на вопыце функцыянавання дадзенай крыніцы права ў рамане – германскай прававой сям'і, Я.В. Калеснікаў лічыць, што прэцэдэнт: 1) выпрацоўваецца толькі вышэйшымі судовымі інстанцыямі на аснове закона; 2) непасрэдна звязаны з судовай практыкай і ствараецца ў ходзе судаводства; 3) у яго распрацоўцы значная роля «свободного усмотрения»; 4) падлягае афіцыйнаму апублікаванню; 5) з'яўляецца абавязковым не толькі для ўдзельнікаў дадзенай спрэчкі, але і для іншых судовых органаў [2, с. 34]. Крыху іншую сістэму характэрных рысаў судовага прэцэдэнта ў якасці крыніцы права, праўда, на падставе аналізу прававой сістэмы Вялікабрытаніі, прыводзіць С.К. Загайнава. Судовы прэцэдэнт, лічыць аўтар, выносіцца пры разглядзе канкрэтнай справы; утрымлівае ў сабе прававую норму і ўсе ніжэйшастаячыя суды спасылаюцца на рашэнне, а дакладней – норму, у сваіх наступных рашэннях; мае абавязковы характар для прымянення ўсімі судовымі інстанцыямі [3, с. 54].

Іншы падыход быў прадэманстраваны М.М. Марчанка. Ён заснаваны на выкарыстанні параўнальна – прававога метаду, які дазволіў аўтару сфармуляваць

наступную сістэму ўніверсальных рысаў прававога прэцэдэнта: 1) стварэнне судовых прэцэдэнтаў толькі вышэйшымі судовымі інстанцыямі; 2) нарматыўны характар, які праяўляецца ў фармуляванні ў прэцэдэнце агульных норм права і прынцыпаў, якія толькі нараджаюцца; 3) агульнаабавязковы характар прэцэдэнта як для ніжэйшастаячых судов, так і для ўсіх іншых дзяржаўных органаў і службовых асоб; 4) пэўная звязанасць вышэйшых судовых інстанцый сваімі ўласнымі рашэннямі; 5) абнародванне судовых рашэнняў прэцэдэнтнага характару ў афіцыйных выданнях і ў гэтым сэнсе пісаны характар прэцэдэнта; 6) фарміраванне і функцыянаванне прэцэдэнта на падставе дзеючага заканадаўства і ў гэтым сэнсе яго другасны характар у параўнанні з законам; 7) выступленне прэцэдэнта ў якасці крыніцы права; 8) скіраванасць прэцэдэнтаў не толькі на больш эфектыўны і кваліфікаваны разгляд судамі канкрэтных, але і на пераадоленне прабелаў у праве і двухсэнсоўнасцей у законах і іншых нарматыўных прававых актах [1, с. 57].

Як бачым, погляды аўтараў прааналізаваных прац адносна набору ўласцівых судоваму прэцэдэнту рысаў часткова перасякаюцца, але не супадаюць. Падыходы беларускіх даследчыкаў да разумення агульных прымет прававога прэцэдэнта ідуць у фарватары высноў і палажэнняў, якія былі дасягнуты вучонымі з Расійскай Федэрацыі [4, с. 92]. Дадзеная дактрынальная залежнасць назіраецца і па іншых аспектах вывучэння прававога прэцэдэнта, што заўважана пры параўнанні шэрагу значных прац беларускіх [5 - 11] і расійскіх [12 – 20] даследчыкаў. Адзначанае становішча можна патлумачыць агульнымі каранямі і роднасцю беларускай і расійскай прававых сістэм, агульнай дактрынальнай традыцыяй, «маладым узростам» беларускай нацыянальнай прававой сістэмы і, адпаведна, беларускай юрыдычнай навукі.

Асноўная частка. Абапіраючыся на дасягнутыя напрацоўкі расійскіх і беларускіх даследчыкаў, паспрабуем акрэсліць сістэму ўніверсальных гістарычных, функцыянальных, генетычных і структурных якасцяў, якія заўсёды ўласцівы дадзенай крыніцы пазітыўнага права незалежна ад тыпу і віду прававой сям'і. У іх склад уваходзяць: а) час узнікнення прававога прэцэдэнта; б) месца «прэцэдэнтнай» нормы ў сістэме нарматыўнага прававога рэгулявання; в) сфера фарміравання прававога прэцэдэнта; г) непасрэдная ўмова ўзнікнення прававога прэцэдэнта; д) абавязковасць раней вынесенага рашэння (правіла *stare decisis*) е) наяўнасць рашэння па канкрэтнай справе, якое з'яўляецца адначасова і рашэннем па канкрэтнай справе, і ўзорам (нормай, правілам, прынцыпам) для вырашэння аналагічных спраў; ж) наяўнасць структуры, якая стварае прававы прэцэдэнт.

1. Калі ўзнікае прававы прэцэдэнт? Прававы прэцэдэнт як самастойная сацыяльнаправавая рэальнасць і як адна з крыніц пазітыўнага права ўзнікае на самым пачатку фарміравання права. Разам і побач з прававым звычаем прававы прэцэдэнт з'яўляецца адной з гістарычна першых крыніц права, якія сфарміраваліся для замацавання і выражэння прававых эквівалентаў самай першай формы (іпастасі) права – прававых адносінаў. Часта прававы прэцэдэнт разглядаецца як разнавіднасць прававога звычаю, бо дзве гэтыя крыніцы права знешне падобныя ў тым, што яны ствараюцца шляхам неаднаразовага паўтору адных і тых жа палажэнняў у часе [21, с. 8]. Разам з тым, калі па часе ўзнікнення і па шляхах фарміравання паміж прававым звычаем і прававым прэцэдэнтам шмат падобнага, то па прычынах з'яўлення паміж імі існуе прынцыповая розніца. З'яўленне прававога прэцэдэнта на першасных этапах фарміравання права было абумоўлена неабходнасцю пераадолення такіх уласцівасцяў прававога звычаю, як яго кансерватыўнасць. У кнізе С.Н. Крамера [22] якрэз і апісваецца прававая сітуацыя, пры якой быў створаны адзін з гістарычна першых прававых прэцэдэнтаў - «справа аб жонцы, якая захоўвала маўчанне». Сутыкнуўшыся з сітуацыяй, якая не была прадугледжана ў прававым звычаі, - забойства царкоўнаслужыцеля і замоўчванне гэтага факту яго жонкай, -

старажытныя шумеры, па - першае, вымушаны былі вырашыць справу па сутнасці, па - другое, праз запіс справы на гліняных табліцах і шляхам іх рассылкі давялі вынесенае рашэнне да ўсіх юрысдыкцыйных інстанцый. Сэнс дзеянняў шумер у тым, каб юрысдыкцыйныя інстанцыі ў аналагічных выпадках кіраваліся зместам і літарай вынесенага рашэння.

Прававы звычай ва ўмовах існавання права ў форме прававых адносінаў быў асноўнай і галоўнай крыніцай права, а прававы прэцэдэнт – дадатковай, з дапамогай якой нормы прававога звычайна адаптаваліся да супярэчлівай прававой рэчаіснасці, а таксама адбывалася пераадоленне недахопаў звычайных норм права. Нормы права, якія ствараліся праз прававы прэцэдэнт, паступова набывалі статус звычайных нормаў права. Далейшае развіццё сістэмы звычайнага права непазбежна ізноў прыводзіла да неабходнасці пераадольвання яе недахопаў, і адбывалася гэта з дапамогай новых правілаў паводзінаў, створаных праз прававы прэцэдэнт.

Бачна, што сваімі каранямі прававы прэцэдэнт узыходзіць да сістэмы нарматыўнага рэгулявання, якая пачала фарміравацца яшчэ ў першабытным грамадстве і затым трансфармавалася ў сістэму нарматыўнага прававога рэгулявання. Без прававога прэцэдэнта старажытная сістэма нарматыўнага прававога рэгулявання існаваць і функцыянаваць не змагла б, таму з'яўленне прававога прэцэдэнта ў якасці самастойнай крыніцы старажытнага права можна лічыць з'явай *непазбежнай*, а таму і *заканамернай*. Гістарычная сувязь прававога прэцэдэнта з сістэмай нарматыўнага рэгулявання захоўваецца на ўсім працягу гісторыі права і прававых сістэм. Нягледзячы на тое, што прававы прэцэдэнт «...возникал и прекращал свое существование в праве разных государств по различным исторически обусловленным причинам» [23, с. 78], без яго фактычнай наяўнасці не можа развівацца ніводная прававая сістэма. Прававы прэцэдэнт з'яўляецца такой крыніцай пазітыўнага права, якая найбольш эфектыўна дазваляе, па-першае, пераадолець недахопы дзеючага пазітыўнага права, па-другое, усталяваць сістэмныя сувязі паміж рознымі відамі крыніц пазітыўнага права. Такім чынам, норма прававога прэцэдэнта заўсёды фактычна існуе ў прававых сістэмах, але легалізацыя прававога прэцэдэнта ў якасці крыніцы пазітыўнага права залежыць ад шэрагу фактараў.

2.Месца «прэцэдэнтнай» нормы ў сістэме нарматыўнага прававога рэгулявання.

Сучасная сістэма нарматыўнага прававога рэгулявання ўключае два віды правілаў паводзінаў – нормы права і індывідуальныя прававыя прадпісанні. Незалежна ад таго, які з сацыяльных рэгулятараў – агульнае правіла ці індывідуальнае прадпісанне - з'яўляецца гістарычна і генетычна першым відам сацыяльных рэгулятараў у той ці іншай прававой сістэме, норма, створаная ў парадку прэцэдэнта («прэцэдэнтная» норма), займае нейкае *прамежкавае становішча* паміж класічнай нормай (= агульным правілам паводзінаў) і індывідуальным прававым прадпісаннем. У правіла паводзінаў, якое ўваходзіць у змест крыніцы права пад назвай «прававы прэцэдэнт», арганічна і адначасова спалучаюцца якасці і агульнага правіла паводзінаў, і індывідуальнага прававога прадпісання. Недарэмна прававыя рэальнасці, якія нагадваюць прававы прэцэдэнт, абазначаюцца тэрмінамі «*правапалажэнне*», «*нетыповая норма права*» і г.д. Справа ў тым, што нормы «...общего права являются более гибкими и менее абстрактными, чем нормы права романо-германских систем, что делает право более казуистичным и менее определенным» [24, с. 5].

Калі б «прэцэдэнтная» норма права не мела ўласцівасцяў агульнасці, то яе нельга было б распаўсюдзіць на аналагічныя (падобныя) сітуацыі. А без абавязковасці дадзенае правіла паводзінаў нельга было б распаўсюдзіць на іншых удзельнікаў прававых адносінаў. Разам з тым зразумела, што як агульны характар, так і абавязковасць «прэцэдэнтнага» правіла паводзінаў (= прэцэдэнтнай нормы, нормы прававога

прэцэдэнта) настолькі своеасаблівыя, што не дазваляюць *аднастайна* аднесці яго да нарматыўнай ці індывідуальнай прававой частак сістэмы нарматыўнага прававога рэгулявання грамадскіх адносін. Дадзеная акалічнасць якраз і стварае непераадольныя цяжкасці пры вызначэнні сферы фарміравання прававога прэцэдэнта, аб чым будзе размова ніжэй.

Норма прававога прэцэдэнта ўяўляе сабой непрацяглую па часе існавання сацыяльнаправавую рэальнасць, пэўны прыпынак на шляху ад індывідуальнага прадпісання да агульнага правіла паводзінаў. Доўгае існаванне прэцэдэнта (= прававога прэцэдэнта) у якасці рэгулятара грамадскіх адносін ці нават самастойнага правіла паводзінаў побач з класічнай нормай і класічным індывідуальным прадпісаннем з'яўляецца нетыповай з'явай. З гэтага пункту гледжання фарміраванне самастойнай прававой сістэмы агульнага права (англасаксонскага права), якая заснавана на прававым прэцэдэнце, з'яўляецца выпадкам нетыповым і ўнікальным у гісторыі развіцця права.

Паколькі працэс узаемадзеяння двух відаў правілаў паводзінаў – нормаў права і індывідуальных прававых прадпісанняў – працэс *заканамерны і непазбежны*, то, незалежна ад таго, які з сацыяльных рэгулятараў – агульнае правіла ці індывідуальнае прадпісанне – з'яўляецца ў дадзенай прававой сістэме дамінуючым і вядучым відам прававых рэгулятараў, і незалежна ад таго, якім быў увогуле магістральны шлях развіцця сістэмы нарматыўнага прававога рэгулявання (ад індывідуальнага да нарматыўнага ці наадварот), *фактычнае* існаванне ў сістэме прававога рэгулявання «прэцэдэнтнай» нормы права – з'ява *заканамерная і непазбежная*.

У прававых сістэмах, якія заснаваны на дамінаванні агульных правілаў паводзінаў у сістэме нарматыўнага прававога рэгулявання, напрыклад, рамана – германскай прававой сям'і, прэцэдэнтная норма права з'яўляецца сродкам пераадолення недахопаў агульнага правіла паводзінаў, а ў сістэмах, якія заснаваны на дамінаванні індывідуальных прававых прадпісанняў, прэцэдэнтная норма фактычна, часова ці пастаянна выконвае функцыі агульнага правіла паводзінаў.

3. Дзе знаходзіцца сфера фарміравання прававога прэцэдэнта? Сфера фарміравання такой крыніцы права, як прававы прэцэдэнт, сфера, дзе першапачаткова складаецца правіла паводзінаў, якое затым набывае статус нормы прававога прэцэдэнта, знаходзіцца ў сферы прымянення дзеючага пазітыўнага права. Менавіта ў гэтай сферы дапускаецца *фактычнае выкарыстанне* прававога прэцэдэнта ў якасці крыніцы дзеючага права, а дакладней – фактычнае выкарыстанне ясна новага, створанага юрысдыкцыйнымі органамі правіла паводзінаў у якасці фактычна дзеючай нормы пазітыўнага права.

Працэс легалізацыі фактычна створанай новай нормы права ў якасці крыніцы дзеючага пазітыўнага права выводзіць дадзеную прававую рэальнасць з сферы юрысдыкцыйнай дзейнасці ў сферу праватворчасці, у сферу стварэння права. Адбываецца гэта пасля ўмяшання кампетэнтных праватворчых органаў у працэс легалізацыі фактычна створаных норм права, калі размова ідзе аб рамана – германскай прававой сям'і, ці судовых органаў, калі мы маем справу з англасаксонскай прававой сям'ёй.

Наданне фактычна створанаму ў сферы юрысдыкцыйнай дзейнасці правілу паводзінаў ясна новага статуса адбываецца праз замацаванне фактычна створанай нормы права ў дзеючай сістэме крыніц права. Калі ў дадзенай прававой сям'і выкарыстоўваецца такая крыніца права, як прававы прэцэдэнт, то, хутчэй за ўсё, фактычна створае, новае правіла паводзінаў набудзе статус афіцыйна дзеючага прававога прэцэдэнта. Калі ж такая крыніца права афіцыйна не прызнаецца, то замацаванне фактычна створанай нормы права адбываецца ў сістэме іншых дзеючых крыніц права – нарматыўным прававым акце, дагаворы нарматыўнага зместу і г.д.

У рамана-германскай прававой сям’і вельмі часта фактычна створаная новая норма права (*правовое палажэнне, нетыповая норма права* і г.д.) знаходзіць замацаванне ў нарматыўных актах, якія выдаюцца вышэйшымі судовымі інстанцыямі дзяржавы. У Рэспубліцы Беларусь да іх ліку адносяцца Вярхоўны Суд і Вышэйшы Гаспадарчы Суд Рэспублікі Беларусь. Дадзеная акалічнасць і з’яўляецца асноўным аргументам для тых даследчыкаў, якія акты вышэйшых судовых інстанцый, дзе замацоўваюцца фактычна створаныя ў ходзе правапрымяняльнай дзейнасці новыя нормы права, адносяць да прававога прэцэдэнта. З гэтым пагадзіцца нельга, бо сам факт легалізацыі фактычна створанай у сферы юрысдыкцыйнай дзейнасці нормы права ў крыніцах права, якія не маюць характару прававога прэцэдэнта, *не мяняе прыроды і статусу той крыніцы права*, дзе яны знайшлі свае адлюстраванне і замацаванне, і не прыводзіць да іх трансфармацыі ў якасна новую прававую крыніцу.

Фактычна створаная ў ходзе юрысдыкцыйнай дзейнасці норма права, якая знайшла, напрыклад, замацаванне ў нарматыўным прававым акце, з’яўляецца нормай нарматыўнага прававога акта, а не нормай прававога прэцэдэнта, а нарматыўны прававы акт, колькі б нормаў такога кшталту ў ім ні было замацавана, не пераўтвораецца ў прававы прэцэдэнт, а будзе з’яўляцца нарматыўным прававым актам. Гэтак жа сама фактычна створаныя ў ходзе абагульнення судовай практыкі і судовай статыстыкі якасна новыя нормы права, якія замацоўваюцца ў Пастановах Пленумаў Вярхоўнага і Вышэйшага Гаспадарчага Суда Рэспублікі Беларусь (*прававыя палажэнні, нетыповыя нормы права* і г.д.), не ў стане памяняць афіцыйны прававы статус Пастаноў Пленума Вярхоўнага і Вышэйшага Гаспадарчага Суда Рэспублікі Беларусь. У звязцы «норма права - крыніца права» першаснае значэнне мае крыніца права, бо менавіта праз яе адбываецца ўвядзенне новай нормы права ў прававую сістэму краіны, надаецца юрыдычная значнасць правілам паводзінаў, вызначаецца іх месца і роля ў сістэме нормаў права.

4. Што з’яўляецца непасрэднай умовай узнікнення прававога прэцэдэнта?

Гістарычны вопыт развіцця і функцыянавання права сведчыць аб тым, што прававы прэцэдэнт як самастойная крыніца права ўзнікае ў сітуацыях, калі ў дзеючым праве адсутнічаюць *неабходныя для прымянення* прававыя нормы (= існуе пробел у пазітыўным праве, калі размова ідзе аб сучаснай рамана-германскай прававой сям’і; адсутнічае *агульнадзяржаўнае права*, калі размова ідзе аб зараджэнні сям’і агульнага права ў XI ст.; адсутнічае *норма звычаёвага права*, калі размова ідзе аб традыцыйных прававых сем’ях, і г.д.).

Наяўнасць такой часткі судовага прэцэдэнта ў англійскім агульным праве, як **ratio decidendi**, хаця і ўскосна, але яскрава сведчыць аб тым, што патрэбнай для прымянення нормы права (*неабходнага правапалажэння, нетыповай нормы* і г.д.) не існуе і суд (іншая правапрымяняльная структура ў іншых нацыянальных прававых сістэмах) стварае і фармулюе яго ў сваім рашэнні. Прычым ён павінен, *абавязаны стварыць* такую норму, бо без такога крока вырашыць канкрэтную прававую сітуацыю не ў стане.

Дадзены аспект (рыса) прававога прэцэдэнта не дазваляе нам аднесці такую прававую з’яву, як *прэцэдэнт тлумачэння* да крыніц права пад назвай *прававы прэцэдэнт*.

Па – першае, у выпадку з прэцэдэнтам тлумачэння патрэбная для прымянення норма (ці нормы) права ўсё ж існуе, хоць для належнага яе прымянення і патрабуецца такая дадатковая прававая аперацыя, як тлумачэнне. У выніку прававой дзейнасці пры тлумачэнні нормаў права з’яўляецца нейкая новая прававая рэальнасць, нейкая *мадыфікацыя* існуючай нормы права, нейкае новае *правапалажэнне*. Прычым тлумачэнне, у выніку якога ствараецца правапалажэнне ці фармулюецца *прававая пазіцыя*, хоць і можа быць звязана з прымяненнем дзеючага права, але ўсё ж знаходзіцца

бліжэй да нарматыўнай часткі прававой сістэмы, да сферы норматворчасці, а не прымянення дзеючых нормаў права, бо яго мэтай з'яўляецца не вырашэнне канкрэтнай справы па сутнасці, не прымяненне нормы права да канкрэтнай справы, а *высвятленне зместу* дзеючай нормы права. Можна лічыць, што прэцэдэнт тлумачэння, хоць і нагадвае такую крыніцу права, як прававы прэцэдэнт, але ўсё ж з'яўляецца якасна новай, *мадыфікаванай* крыніцай права.

Па – другое, судовая (*ці іншая*) інстанцыя ў выпадку з прэцэдэнтам тлумачэння валодае правам менавіта *на тлумачэнне* дзеючых норм права. У выпадку ж стварэння прэцэдэнта як крыніцы дзеючага права судовая (*ці іншая*) інстанцыя валодае правам *не на тлумачэнне дзеючага права*, а фактычна *правам на стварэнне новага*, невядомага права. Вобразна кажучы, у прававой сістэме існуе правіла, згодна з якім, калі суд (*ці іншая структура*) пры разглядзе справы прыходзіць да высновы, што патрэбнага права (патрэбнай нормы) не існуе, то ён *мае поўнае права* стварыць новае права (= новую норму права). У такім разе суд адказвае толькі за тое, знайшоў ён ці не знайшоў канкрэтнае права (канкрэтную норму), якая створана да яго.

Па – трэцяе, калі ажыццяўляецца нарматыўнае тлумачэнне, то яно выносіцца безадносна да нейкай канкрэтнай справы і мае абавязковы характар для ўсіх аднародных сітуацый менавіта таму, што яно вынесена безадносна да канкрэтнай справы, а калі ствараецца прэцэдэнт у якасці крыніцы права, то **ratio decidendi** ствараецца менавіта для рашэння канкрэтнай справы. Права судовых і іншых інстанцый на казуальнае тлумачэнне, якое існуе ў рамана – германскай прававой сістэме, абмяжоўваецца разглядам канкрэтнай справы і з'яўляецца абавязковым толькі да дадзенай справы. Спробы іншых судовых інстанцый спаслацца на рашэнне канкрэтнай справы канкрэтным судом і выкарыстаць яго ў якасці ўзору не маюць юрыдычнай перспектывы, таму што не маюць юрыдычнай абавязковасці,

Такім чынам, прававы прэцэдэнт як самастойная крыніца права *заўсёды вырастае* (пачынае складвацца) з *канкрэтнай справы*, якую патрэбна вырашаць, але неабходнай для гэтага нормы права ў дзеючым пазітыўным праве не існуе. Бачна, што пачатак складвання прававога прэцэдэнта - *устаўленне факта адсутнасці ў дзеючым пазітыўным праве* неабходных для прымянення нормаў права, а канстатацыя, устаўленне дадзенага факта ажыццяўляецца ўпаўнаважанымі юрысдыкцыйнымі органамі ў ходзе прымянення нормаў права.

Але калі наяўнасць прабелаў у праве – праблема ўніверсальная і ўласцівая кожнай нацыянальнай прававой сістэме, то механізмы яе вырашэння розныя. У англійскай прававой сістэме дадзеная праблема вырашаецца так: кампетэнтная судовая інстанцыя вырашае прававы казус, і дадзенае рашэнне можа стаць новым прэцэдэнтам, новай нормай права. Праўда, правіла прэцэдэнта ў англійскім праве «...традыцыйна рассматривалось как жесткое: судья, принимая решение, должен учитывать все предшествующие П.с. Однако судья свободен в выборе П.с., может отвергнуть имеющиеся П.с., сославшись на отличительные обстоятельства» [24, с. 5].

У рамана – германскай прававой сістэме запаўненне прабелаў права шляхам аналогіі права і закону далека не заўсёды прыводзіць да фарміравання якасна новай нормы права. Тут існуе шэраг неабходных перадумоў і шэраг арганізацыйна – прававых момантаў, якія трэба выканаць, каб канкрэтнае рашэнне па канкрэтнай справе набыло якасць узору (нормы права) для іншых правапрымяняльнікаў. Вось гэтыя перадумовы і арганізацыйна – прававыя аспекты якраз і складаюць адзін з самых складаных момантаў у прыродзе прававога прэцэдэнта. Справа ў тым, што запаўненне прабелаў у праве адбываецца ў ходзе правапрымянення, а інстытут аналогіі адносіцца не да сферы праватворчасці, а да сферы прымянення права і пераадолення прабелу «...ограничивается

конкретным случаем, казусом. При появлении подобной ситуации в последующем необходимость в аналогии возникает вновь, что еще раз подтверждает, что она никоим образом не связана с правотворчеством» [25, с. 86].

А раз гэта так, то праблема стварэння прававога прэцэдэнта пры пераадоленні прабелаў у праве фактычна зводзіцца да таго, каб «перавесці» створанае ў ходзе запаўнення прабелаў у праве правіла (норму права, правапалажэнне) з сферы правапрымянення ў сферу праватворчасці і надаць правілу вырашэння сітуацыі па аналогіі статус нормы права (= крыніцы дзеючага права). Дзеля гэтага неабходна выканаць шэраг патрабаванняў і мець у прававой сістэме мінімум шэраг прававых механізмаў. Па – першае, у прававой сістэме *павінна існаваць правіла*, згодна з якім адпаведныя судовыя інстанцыі пры ўзнікненні прабелаў у праве былі б абавязаны да прыняцця неабходнай нормы заканадаўцам заўсёды вырашаць справу па сутнасці і пераадольваць прабелы ў прававым рэгуляванні. Па – другое, у прававой сістэме павінна існаваць правіла, згодна з якім усе іншыя правапрымяняльныя (юрысдыкцыйныя) інстанцыі, сутыкнуўшыся з прабелам у праве пры вырашэнні канкрэтнай справы, мелі б магчымасць (права) вырашыць справу, абапіраючыся на рашэнне, якое было вынесена да іх пры разглядзе аналагічнай справы.

І калі адносна першага механізма (правіла) у сучасных прававых сістэмах рамана – германскай прававой сям’і не існуе непаразуменняў і практычна ў кожнай нацыянальнай прававой сістэме замацоўваюцца нарматыўныя патрабаванні аб немагчымасці адмаўлення ў правасуддзі, то адносна другога механізма ўзнікае шэраг пытанняў.

Справа, пры вырашэнні якой адбылося запаўненне прабелу, можа быць разгледжана ніжэйстаячымі правапрымяняльнымі інстанцыямі і вышэйшымі юрысдыкцыйнымі структурамі. Зразумела, што ў першым выпадку вышэйшая правапрымяняльная (юрысдыкцыйная) інстанцыя павінна пацвердзіць слушнасць рашэння і выказаць сваю згоду адносна яго. У другім выпадку такога пацвярджэння не патрабуецца. Зразумела, што як у першым, так і ў другім выпадку і само рашэнне па канкрэтнай справе, і згода вышэйшай інстанцыі адносяцца і маюць значэнне менавіта да дадзенай сітуацыі. Зразумела, што менавіта ў самім рашэнні па канкрэтнай справе павінна ўтрымлівацца нейкае новае правіла паводзінаў, з дапамогай якога была вырашана канкрэтная справа. Калі зыходзіць з таго, што прабел пры запаўненні не ліквідуецца, а *часова* запаўняецца, то лагічнай будзе выснова аб тым, што пры запаўненні прабелаў у праве ствараецца *часовая норма права, а само рашэнне* можа мець статус часовай крыніцы права.

Зразумела, што правілу паводзінаў, якое ствараецца пры запаўненні прабелаў у праве, павінна быць нададзена агульнаабавязковае значэнне. Але зразумела і тое, што наданне агульнай абавязковасці правілу паводзінаў выводзіць сам працэс запаўнення прабелаў у праве са сферы правапрымянення (юрысдыкцыйнай) дзейнасці ў сферу праватворчасці, бо наданне створанаму правілу паводзінаў агульнай абавязковасці – дзейнасць, якая выходзіць за межы правапрымянення, у большай меры адносіцца да праватворчай, а не да правапрымяняльнай функцыі. І хаця сама аналогія права – інстытут, які ляжыць на мяжы правапрымянення і праватворчасці, а цэнтр яе цяжару знаходзіцца ўсё ж унутры правапрымянення [26, с. 170], бо аналогія абапіраецца на дзеючае пазітыўнае права, паколькі ў ходзе запаўнення прабелаў у праве ствараецца *якасна новае правіла паводзінаў (новая норма)*, без якога вырашыць справу немагчыма, то ў гэтай частцы інстытут аналогіі права належыць сферы праватворчасці.

І калі лічыць, што стварэнне якасна новага правіла паводзінаў – непазбежны працэс запаўнення прабелаў у праве, то паўстае пытанне аб тым, якім чынам можна надаць дадзенаму (*часовому!!!*) правілу паводзінаў статус *часовай* крыніцы права? Якая

правапрымяняльная (юрысдыкцыйная) інстанцыя павінна гэта зрабіць і ў якой форме? Калі, напрыклад, справу па аналогіі разглядала вышэйшая (касацыйная) судовая інстанцыя па першай інстанцыі, то ўзнікае пытанне: чаму і на якой падставе ніжэйстаячая судовыя інстанцыі павінны кіравацца пры разглядзе аналагічных спраў рашэннем касацыйнай судовай інстанцыі? Калі справу разглядала ніжэйстаячая судовая інстанцыя, а затым яна знайшла пацвярджэнне ў касацыйнай інстанцыі, то зноў – такі ўзнікае пытанне аб тым, на якой падставе рашэнню касацыйнай інстанцыі па дадзенай справе надаецца агульнаабавязковае значэнне?

Іншымі словамі, праблема ў тым, каб укараніць у прававую сістэму правіла *stare decisis*.

5. Прававы прэцэдэнт і абавязковасць раней вынесенага рашэння (правіла *stare decisis*).

Для мадэлі прававога прэцэдэнта важна, каб у прававой сістэме існавала правіла, згодна з якім правапрымяняльныя (юрысдыкцыйныя) структуры былі абавязаны лічыцца ў далейшай дзейнасці: а) са сваімі ўласнымі, раней вынесенымі рашэннямі па канкрэтнай справе; б) з рашэннямі па аналагічнай справе, якія былі вынесены роўнымі па іерархіі юрысдыкцыйнымі структурамі; в) рашэннямі па канкрэтнай справе, якія былі вынесены вышэйстаячымі юрысдыкцыйнымі структурамі. Дадзенае правіла можа ўключаць усе тры «адзначаныя абавязкі» альбо нейкі адзін з адзначаных абавязкаў, але хаця б без аднаго з іх прававы прэцэдэнт у якасці крыніцы права сфармавацца і існаваць не ў стане. У залежнасці ад «набору» абавязкаў прэцэдэнтнае права з'яўляецца жорсткім ці мяккім, але без іх яно існаваць не можа. Патрабаванне абавязковасці раней вынесенага рашэння сваімі каранямі ўзыходзіць да больш грунтоўнага прававога імператыва – прынцыпу абавязковасці вырашэння канкрэтнай прававой справы адпаведнай юрысдыкцыйнай (правапрымяняльнай) структурай.

Для тэорыі прававога прэцэдэнта вельмі істотна тое, што адсутнасць неабходных для прымянення нормаў права *не павінна з 'яўляцца перашкодай* для правапрымяняльнай структуры (суда ці іншага юрысдыкцыйнага органа) пры вынясенні рашэння па разглядаемай справе. Суд ці іншая правапрымяняльная структура мае не проста магчымасць (*а абавязак!!!*) вырашыць разглядаемую справу па сутнасці. Такое вырашэнне можа адбывацца згодна з тэарэтычнымі *канструкцыямі аналогіі права і аналогіі закона, згодна з субсідыярным прымяненнем* і г.д., калі размова ідзе аб сучаснай кантынентальнай прававой сям'і, на падставе правасвядомасці суда, існуючай дактрынальнай ці правапрымяняльнай практыкі, калі размова ідзе аб сям'і агульнага права ці нейкім іншым шляхам, які ўласцівы, напрыклад, мусульманскай прававой сям'і. Шлях і падставы вырашэння канкрэтнай справы ў дадзеных варунках не маюць прынцыповага значэння, вельмі істотна тут толькі тое, што суд (ці іншая структура) *не можа адкласці разгляд* справы *ці адмовіць у правасуддзі і ў разглядзе* справы на той падставе, што неабходныя для вырашэння дадзенай справы нормы права ў дзеючай прававой сістэме адсутнічаюць.

У прававых сістэмах рамана – германскай прававой сям'і (ФРГ, Францыі, Бельгіі, Грэцыі, Італіі, Швейцарыі, Швецыі) прызнаецца «...важное значение П.с. для правоприменения и восполнения пробелов в законодательном регулировании *с целью недопущения отказа в правосудии...* (падкрэслена мной – М. С.)» [10, с. 7]. Адсутнасць у нашай нацыянальнай прававой сістэме менавіта такога патрабавання якраз і з'яўляецца адной з самых *істотных перашкод* для таго, каб суды мелі магчымасць ствараць крыніцу права, падобную на *прававы прэцэдэнт*. Бо калі не існуе патрэбнай нормы, то суды ў нашай нацыянальнай прававой сістэме менавіта на гэтай падставе хутчэй за ўсё адмовяцца ад разгляду канкрэтнай справы па сутнасці.

Вядома, што яшчэ арт. 4 Грамадзянскага кодэкса Францыі ўсталёўваў правіла, згодна з якім суддзям забаранялася адмаўляць у правасуддзі з прычыны адсутнасці ці непайнаты закону. Разам з тым, сутыкнуўшыся з прабелам у праве, суддзі ў Францыі не маюць права *запоўніць, ліквідаваць* яго, як гэта маюць права зрабіць суддзі ў дзяржавах «агульнага права». Яны вымушаны звяртацца да закона, вывучаць яго дух і прынцыпы 1 без такога зварота вырашыць справу не ў стане, суды не маюць права прымаць рашэнне ў выглядзе агульнага распараджэння [21, с. 9]. Аналогія закона і аналогія права, да якой прыбягаюць суддзі ў Францыі, не ліквідуе прабелаў у праве. Прабелы застаюцца, яны толькі часова пераадольваюцца. І гэта прынцыпова розніца адну сістэму права ад другой. Больш таго, у прававых сістэмах рамана – германскага права, дзе абвешчана вяршэнства закону, судовое рашэнне лічыцца абавязковым толькі для бакоў, якія ўдзельнічаюць у справе. У ФРГ, напрыклад, лічыцца, што права не можа быць створана праз звычай, прававую навуку, судовыя рашэнні. Грамадзянскі кодэкс (ГК) Аўстрыі агаворвае, што судовое права не з’яўляецца крыніцай права [21, с. 9].

Такім чынам, з факта часовага пераадольвання прабелаў у праве шляхам судовага рашэння па канкрэтнай справе з – за немагчымасці адмовіць у правасуддзі выцякае, што рашэнні вышэйшых судов, на якія можна спасылацца пры запаўненні прабелаў, носяць часовы характар. Пасля ліквідацыі прабелаў у праве і законе ва ўстаноўленым парадку неабходнасць у гэтых рашэннях адпадае. З дадзенага факта выцякае вельмі важная выснова: *прававы прэцэдэнт, які ствараецца ў рамана – германскай прававой сям’і, дзе праводзіцца няўхільна прынцып вяршэнства закона, можа быць толькі дадатковай і часовай крыніцай права.*

Разам з тым, у рамана – германскай прававой сям’і існуюць і пэўныя выключэнні з адзначанага правіла. Швейцарскі ГК (арт. 1) утрымлівае правіла, згодна з якім у выпадку з прабелам у праве суддзя павінен дзейнічаць так, як дзейнічае заканадаўца. У Італіі за судовай практыкай прызнаецца роля дадатковай крыніцы права, а ГК Іспаніі прапануе суддзям у выпадку з прабелам у праве паслядоўна звяртацца да звычайна, *судовага рашэння*, агульных прынцыпаў. Вялікая роля належыць судовай практыцы ў дзяржавах Паўночнай Еўропы і асобныя кампаратывісты нават лічаць, што прававыя сістэмы гэтых дзяржаў з’яўляюцца разнавіднасцю сям’і агульнага права [21, с. 9].

6. Рашэнне па канкрэтнай справе - адначасова і рашэнне па канкрэтнай справе, і узор (норма, правіла, прынцып) для вырашэння аналагічных спраў. Для тэорыі прававога прэцэдэнта *вельмі важнай* з’яўляецца прымета, згодна з якой прэцэдэнтам па сутнасці з’яўляецца канкрэтнае *рашэнне канкрэтнага суда* (ці іншага юрысдыкцыйнага органа) *па канкрэтнай справе*, якое, безумоўна, мае абавязковы характар для дадзенай справы, але адначасова і надалей набывае нарматыўны і агульнаабавязковы характар для іншых, часцей за ўсё ніжэйшых судов (ці іншых юрысдыкцыйных органаў) і з’яўляецца для іх *узорам (нормай, правілам)*. Падкрэслім, не правілы і нормы, якія ствараюцца судовымі, асабліва вышэйшымі судовымі інстанцыямі ў парадку рэалізацыі праватворчых паўнамоцтваў, калі такія яны валодаюць, не абагульненне судовай практыкі і судовай статыстыкі, вынікі якой утрымліваюцца ў Пастановах Пленумаў вышэйшых судовых інстанцый, не вынікі тлумачэння нормаў дзеючага пазітыўнага права судовымі ці нейкімі іншымі юрысдыкцыйнымі інстанцыямі з’яўляюцца прававым прэцэдэнтам, а *менавіта канкрэтнае рашэнне канкрэтнага суда па канкрэтнай справе.*

Важна падкрэсліць, што прававы прэцэдэнт утрымліваецца не ў кожным канкрэтным рашэнні канкрэтнага суда па канкрэтнай справе. Прававы прэцэдэнт ствараецца пры той непасрэднай умове, калі канкрэтная судовая інстанцыя не знаходзіць патрэбнага да прымянення правіла (нормы), ці дакладней, калі такое правіла адсутнічае ў дзеючых крыніцах пазітыўнага права – у прававых прэцэдэнтах, законе, звычай і г.д.

Зразумела, што пры дадзеных умовах дадзенае рашэнне будзе мець спецыфічную структуру (будову), таму што ў ім, акрамя рашэння адносна самой канкрэтнай і непаўторнай справы, абавязкова будзе *ўтрымлівацца новае, невядомае раней правіла* (= норма права, правапалажэнне, прававая пазіцыя суда ці іншага органа), без якога вырашыць канкрэтную справу проста немагчыма. Зразумела таксама, што менавіта па дадзенай прымеце рашэнне канкрэтнага суда па канкрэтнай справе, якое ўтрымлівае ў сабе прававы прэцэдэнт, *істотна* адрозніваецца ад іншых рашэнняў канкрэтных судовых інстанцый па канкрэтнай справе, у якіх прававога прэцэдэнта не існуе. Фармальнымі паказчыкамі адзначанай розніцы з'яўляюцца звароты (спасылкі) іншых судовых (юрысдыкцыйных) інстанцый да той катэгорыі рашэнняў, у якіх сфармуляваны прававы прэцэдэнт, пры разглядзе аналагічных спраў.

Што ўяўляе сабой правіла паводзінаў якое мы называем прававым прэцэдэнтам (ці «прэцэдэнтнай» нормай права)? Дакладнага і аднастайнага адказу на дадзенае пытанне не існуе нават у англасаксонскай сістэме права [27, с. 7] і тым больш не выпрацавана пакупь што ў рамана – германскай прававой сістэме. Што тычыцца англасаксонскай сістэмы права, то там прававы прэцэдэнт атаясамліваецца часцей за ўсё з правілам, якое атрымала назву *гайо сіесісіепсіі*.

Але што ўяўляе сабой **ratio decidendi** ? Згодна з метадам, які быў сфармуляваны англіійскім юрыстам І. Уэмбам, «...судьи составляют силлогизм, в котором основной предпосылкой выступает ratio decidendi, второй предпосылкой – фактическая ситуация рассматриваемого дела, а заключением является решение по делу. Если изменить содержание предполагаемого ratio decidendi, то должно измениться и решение. Если же измененная формулировка не ведет к новому решению, то эта часть является *obiter dictum*» [21, с. 6-7]. На думку А.У. Ягорова, «...юридический прецедент – это, прежде всего, принцип разрешения дела (падкрэслена – С.М.), а не его конкретное формальное определение, выраженное в судебном или административном решениях, пусть и в нормативном виде» [28, с. 21]. Т.У. Иванова лічыць, што новае правіла паводзінаў, да якога звяртаюцца ў далейшым пры разглядзе аналагічных спраў і якое з'яўляецца па сутнасці прававым прэцэдэнтам, уяўляе сабой тую частку рашэння суда, у якой «...содержится позиция суда по определенному вопросу» (падкрэслена мной – С.М.) [4, с. 92]. Дадзены аспект прававога прэцэдэнта патрабуе дадатковага і самастойнага аналізу.

7. Якая структура стварае прававы прэцэдэнт? Звычайна сцвярджаюць, што прававы прэцэдэнт як крыніца права ствараецца вышэйшымі судовымі інстанцыямі. Гэта не зусім так. Прававы прэцэдэнт – такая крыніца права, якая складваецца, па – першае, калі ў судовай сістэме існуе падзел органаў на вышэйшыя і ніжэйшыя, па – другое, калі рашэнні вышэйшых судовых інстанцый маюць абавязковае значэнне для ніжэйшастаячых інстанцый, і, па – трэцяе, калі ніжэйшастаячыя судовыя інстанцыі пачынаюць спасылацца ў сваіх наступных рашэннях па аналагічных справах на рашэнні вышэйшастаячых судовых інстанцый. Без падзелу судовых інстанцый на вышэйшыя і ніжэйшыя нельга ўсталяваць прынцып *абавязковасці*, без якога прававы прэцэдэнт сфарміраваны быць не можа, а без спасылак ніжэйшых судовых інстанцый на рашэнні вышэйшых судовых інстанцый працэс стварэння прававога прэцэдэнта не можа быць завершаны ў поўнай меры, а крыніцы права пад назвай «прававы прэцэдэнт» не будзе. Такім чынам, толькі судовая сістэма цалкам стварае прававы прэцэдэнт, а не нейкая адна, нават самая высокая судовая інстанцыя.

М.Н. Марчанка слухна заўважае, што «...неоспоримым фактом является то, что *только высшие* судебные звенья Великобритании, так же как и любой иной страны общего права, могут непосредственно, путем создания прецедента, оказывать прямое воздействие на правовую систему – на ее формы, сущность, содержание и процесс функционирования. Однако, не подлежит сомнению и то, что такого рода

правотворческими полномочиями высшие судебные звенья этой страны обладают не сами по себе, будучи в изоляции, а тем более в отрыве от всех иных звеньев судебной системы, а только в неразрывном единении с ними, только выступая в качестве органической составной части одного целого. Судебная система Великобритании в целом как носитель судебной власти страны является фактическим субъектом правотворческих функций, а ее высшие звенья – лишь формально – юридическими субъектами, «уполномоченными» на их выражение» [29, с. 59].

Разам з тым, далёка не кожная судовая інстанцыя (ці іншая юрысдыкцыйная структура) надзелена правам «першаштуршка» у *стварэнні прававога прэцэдэнта*, рашэнні далёка не кожнай, а толькі такой судовай структуры, якая займае высокую прыступку ў пірамідзе органаў судовай улады, такую прыступку, *рашэнні якой з 'яўляюцца абавязковымі* для тых судовых інстанцый, якія займаюць больш нізкую прыступку ў пірамідзе органаў судовай улады, надзелена правам фармуляваць правіла паводзінаў, якое затым пераўтвараецца ў прававы прэцэдэнт. У гэтых адносінах можна цалкам пагадзіцца з П.А. Гукам у тым, што «...централизованная система судов способствовала созданию условий для действия принципа прецедента, укреплению обязательности нижестоящих судов следовать решениям вышестоящих» [30, с. 51]. Прычым правіла абавязковасці, згодна з якім рашэнні вышэйшых органаў судовай улады з'яўляюцца абавязковымі для ніжэйшастаячых органаў, з'яўляецца гарантам таго, што рашэнне вышэйшай судовай інстанцыі, якое ўтрымлівае «прэцэдэнтную норму», вельмі хутка набудзе *статус* прававога прэцэдэнта. Для гэтага патрэбна, каб ніжэйшастаячая судовая інстанцыя пачалі спасылацца на тое *новае, невядомае раней правіла паводзінаў*, якое было сфармулявана ў рашэнні па канкрэтнай справе высокай судовай інстанцыі. А такія спасылкі абавязкова павінны мець месца, бо без уліку дадзеных рашэнняў ніжэйшастаячымі судовымі інстанцыямі па аналагічных справах яны не будуць пацверджаны вышэйшастаячымі судовымі інстанцыямі.

Сказанае аб сістэме судоў, у якой толькі і можа быць створаны прававы прэцэдэнт, не адмяняе высновы аб тым, што прававым прэцэдэнтам з *'яўляецца канкрэтнае рашэнне канкрэтнага суда па канкрэтнай справе*. Канкрэтнае рашэнне канкрэтнага суда па канкрэтнай справе толькі ў судовай сістэме, аб якой ішла размова, можа набыць статус прававога прэцэдэнта.

Тэарэтычна магчымы дзве формы (два шляхі) стварэння прававога прэцэдэнта: а) вышэйшая судовая інстанцыя сама разглядае нейкую справу па першай інстанцыі і вымушана ствараць невядомае раней правіла паводзінаў, таму што без яго вырашыць справу па сутнасці нельга; б) вышэйшастаячая судовая інстанцыя зацвярджае рашэнне ніжэйшастаячага суда, у якім было сфармулявана невядомае раней, *новае правіла паводзінаў*, тым самым пагаджаецца, што без такога кроку ніжэйшастаячая судовая інстанцыя вырашыць справу па сутнасці не магла б. Але як у першым, так і ў другім выпадку «вырашальнае слова» ў стварэнні прававога прэцэдэнта належыць вышэйшастаячай судовай інстанцыі. Без яе рашэння новае, невядомае раней правіла паводзінаў не можа з'явіцца альбо набыць прававую значнасць, абавязковасць.

Высновы. Для прававога прэцэдэнта незалежна ад прававой сям'і характэрна сістэма ўніверсальных генетычных, функцыянальных і структурных якасцяў, якія заўсёды ўласцівы для дадзенай крыніцы права. Кожная сістэма нарматыўнага прававога рэгулявання грамадскіх адносінаў утрымлівае ў сабе патрэбы ў стварэнні прававога прэцэдэнта. Незалежна ад таго, які з сацыяльных рэгулятараў – агульнае правіла ці індывідуальнае прадпісанне – з'яўляецца гістарычна і генетычна першым відам сацыяльных рэгулятараў у той ці іншай прававой сістэме, норма, створаная ў парадку прэцэдэнта («прэцэдэнтная» норма), займае нейкае *прамежкавае становішча* паміж

класічнай нормай (= агульным правілам паводзінаў) і індывідуальным прававым прадпісаннем. З гэтай прычыны норма прававога прэцэдэнта ўяўляе сабой непрацяглую па часе існавання сацыяльна – прававую рэальнасць, *пэўны прыпынак* на шляху ад індывідуальнага прадпісання да агульнага правіла паводзінаў.

Прававы прэцэдэнт фарміруецца ў сферы прымянення дзеючага пазітыўнага права. Працэс легалізацыі фактычна створанай новай нормы права ў якасці крыніцы дзеючага пазітыўнага права выводзіць дадзеную прававую рэальнасць са сферы юрысдыкцыйнай дзейнасці і пераводзіць у сферу праватворчасці.

Прававы прэцэдэнт як самастойная крыніца права ўзнікае ў сітуацыях, калі ў дзеючым пазітыўным праве адсутнічаюць неабходныя для прымянення прававыя нормы. Для прававога прэцэдэнта важна, каб у прававой сістэме існавала правіла, згодна з якім правапрымяняльныя (юрысдыкцыйныя) структуры былі б абавязаны лічыцца ў далейшай дзейнасці: а) са сваімі ўласнымі, раней вынесенымі рашэннямі па канкрэтнай справе; б) з рашэннямі па аналагічнай справе, якія былі вынесены роўнымі па іерархіі юрысдыкцыйнымі структурамі; в) рашэннямі па канкрэтнай справе, якія былі вынесены вышэйстаячымі юрысдыкцыйнымі структурамі. Дадзенае правіла можа ўключаць усе тры «адзначаныя абавязкі» альбо нейкі адзін з адзначаных абавязкаў, але хаця б без аднаго з іх прававы прэцэдэнт у якасці самастойнай крыніцы права сфарміравацца і існаваць не ў стане.

Для прававога прэцэдэнта вельмі важнай з’яўляецца прымета, згодна з якой прэцэдэнтам па сутнасці з’яўляецца канкрэтнае рашэнне канкрэтнага суда (ці іншага юрысдыкцыйнага органа) па канкрэтнай справе, якое, безумоўна, мае абавязковы характар для дадзенай справы, але адначасова і надалей набывае нарматыўны і агульнаабавязковы характар для іншых, часцей за ўсё ніжэйстаячых судов (ці іншых юрысдыкцыйных органаў), і з’яўляецца для іх узорам (нормай, правілам).

Прававы прэцэдэнт – такая крыніца права, якая складаецца, па – першае, калі ў судовай сістэме існуе падзел органаў на вышэйшыя і ніжэйшыя, па – другое, калі рашэнні вышэйшых судовых інстанцый маюць абавязковае значэнне для ніжэйстаячых інстанцый, і, па – трэцяе, калі ніжэйстаячыя судовыя інстанцыі пачынаюць спасылацца ў сваіх наступных рашэннях па аналагічных справах на рашэнні вышэйстаячых судовых інстанцый. Без падзелу судовых інстанцый на вышэйшыя і ніжэйшыя нельга ўсталяваць прынцып абавязковасці, без якога прававы прэцэдэнт сфарміраваны быць не можа, а без спасылак ніжэйшых судовых інстанцый на рашэнні вышэйшых судовых інстанцый працэс стварэння прававога прэцэдэнта не можа быць завершаны ў поўнай меры, а крыніцы права пад назвай прававы прэцэдэнт не будзе. Такім чынам, толькі судовая (ці юрысдыкцыйная) сістэма цалкам стварае прававы прэцэдэнт, а не нейкая адна, нават самая высокая судовая інстанцыя.

Пры разнастайнасці формаў праяўлення прававога прэцэдэнта, а таксама паняццяў, якія сфарміраваліся ў асобных дактрынах, агульныя, універсальныя прыметы прававога прэцэдэнта складаюць аснову агульнага паняцця дадзенай крыніцы пазітыўнага права.

СПІС ЛІТАРАТУРЫ

- 1.Марченко, М.Н. Судебный прецедент: разнообразие понятий и многообразие форм проявления / М.Н. Марченко // Журнал российского права. – 2006. – № 6. – С. 56.
- 2.Колесников, Е.В. Постановления Конституционных Судов как источник российского права/ Е.В. Колесников // Правоведение. – 2001. – № 2. – С. 32 – 53.
- 3.Загайнова, С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / С.К. Загайнова. – М., 2002. – 147 с.

- 4.Иванова, Т.В. Понятия «судебный прецедент» и «судебная практика»: их трактовка и определения / Т.В. Иванова // Веснік Беларус. дзярж. ун – та. Серыя 3. – 2010. – № 1. – С. 90 – 93.
- 5.Василевич. Г.А. Послания Конституционного Суда Республики Беларусь о состоянии конституционной законности – реальный вклад в развитие правовой системы / Г.А. Василевич; Конституционный Суд РБ. – Минск: Право и экономика, 2007. – 41 с.
- 6.Дубовицкий, В.Н Судебная практика как источник права в Республике Беларусь / В.Н. Дубовицкий, Т.В. Иванова // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта імя Янкі Купалы. Серыя 4. Правазнаўства. – 2009. – № 4. – С. 7– 15.
- 7.Бибилло, В.Н. Формы судебной практики как источник права / В.Н. Бибилло // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта імя Янкі Купалы. Серыя 4. Правазнаўства. – 2008. – № 2. – С. 23 – 26.
- 8.Иванова, Т.В. Понятия «судебный прецедент» и «судебная практика»: их трактовка и определения / Т.В. Иванова // Веснік Беларус. дзярж. ун– та. Серыя 3. – 2010. – № 1. – С. 90 – 93.
- 9.Егоров. А.В. Типологическая характеристика источников белорусского права / А.В. Егоров // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта імя Янкі Купалы. Серыя 4. Правазнаўства. – 2010 – № 1. – С. 17 – 22.
- 10.Трахименко, С.А. Проблемы включения в белорусское право нетрадиционных источников / С.А. Трахименко // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта імя Янкі Купалы. Серыя 4. Правазнаўства. – 2010. – № 1. – С. 22 – 25.
- 11.Томашевский, К. Проблема судебного правотворчества: современная ситуация и перспективы признания «судебного прецедента» / К. Томашевский // Юстиция Беларуси. – 2008. – № 5. – С. 47 – 49.
- 12.Байтин, М.И. О юридической природе решений Конституционного Суда РФ / М.И. Байтин // Государство и право. – 2006. – № 1.
- 13.Гук, П.А. Судебный прецедент как источник права / П.А. Гук; Под науч. ред. Н.И. Матузова. – Пенза, 2003. – 176 с.
- 14.Зорькин. В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации / В.Д. Зорькин // Журнал российского права. – 2004. – № 12.
- 15.Иванюк, О.А. К вопросу о месте прецедента в системе источников права стран романо – германской правовой семьи / О.А. Иванюк // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта імя Янкі Купалы. Серыя 4. Правазнаўства. – 2009. – № 3. – С. 5 – 9.
- 16.Лукьянова, Е.А. Конституция в судебном переплете / Е.А. Лукьянова // Законодательство. – 2000. – № 12.
- 17.Лучин, В.О. Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. – М., 2002.
- 18.Морозова, Л. А. Еще раз о судебной практике как источнике права / Л .А. Морозова // Государство и право. – 2004. – № 1. – С. 19– 23.
- 19.Нерсисянц, В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий / В.С. Нерсисянц // Судебная практика как источник права. – М., 2000. – С. 70 – 85.
20. Поленина, С.В. Законодательная техника и судебный прецедент / С.В. Поленина // Проблемы юридической техники. – Н. Новгород, 2000. – С. 43 – 49.
- 21.Богдановская, И.Ю. Судебный прецедент – источник права? / И.Ю. Богдановская // Государство и право. – 2002. – № 12. – С. 5 – 10.
22. Крамер, С.Н. История начинается в Шумере // С.Н. Крамер – М: Наука, 1965.– 256 с.
- 23.Петров, К.В. «Прецедент» в средневековом русском праве (XV1 – XV11 вв.) / К.В. Петров // Государство и право. – 2005. – № 4. – С. 78 – 83.
- 24.Бойцова, В.В. Зарубежный опыт и российские перспективы / В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова // Юрист. – 1999. – № 10. – С. 5 – 9.

- 25.Спектор, Е.И. Судебный прецедент как источник права / Е.И. Спектор // Журнал российского права. – 2003. – № 5. – С. 86 – 96.
26. Регельсбергер, Ф. Общее учение о праве /Ф. Регельсбергер; под ред. Ю.С.Гамбарова. – М, 1987. – 379 с.
- 27.Кросс, Руперт. Прецедент в английском праве / Руперт Кросс. – М.: Юрид. лит., 1985.
- 28.Егоров, А.В. Типологическая характеристика источников белорусского права / А.В. Егоров // Веснік Гродзенскага дзяржаўнага ўніверсітэта імя Янкі Купалы. Серыя 4. Правазнаўства. – 2010. – № 1.– С. 17 – 22.
- 29.Марченко, М.Н. Роль судов в развитии современной правовой системы Великобритании / М. Н. Марченко // Государство и право. – 2007. – № 9. – С. 58 – 64.
- 30.Гук, П.А. Судебный прецедент как источник права / П.А. Гук; под науч. ред. Н.И. Матузова. – Пенза, 2003. - 176 с.

Legal precedent is the traditional source of the law and is used in all historical and nowadays existing legal systems, irrespective of specificity and features of legal system the legal precedent is characterized by system of universal historical, functional, genetic and structural qualities: 1) time of occurrence of legal precedent; 2) a place of “case” norm in the system of legal regulation; 3) area of formation of legal precedent; 4) conditions of occurrence of legal precedent; 5) the decision on concrete affair in quality of a pattern (norm) for the decision of similar affairs; 6) compulsion of the decision made before (a rule of *stare decisis*); 7) structure which forms legal precedent. Specificity of separate characteristics of given source of the law in certain legal systems doesn't influence the model of legal precedent as a whole. At a variety of forms of display of legal precedent, and also concepts which were generated in special doctrines, the general universal signs of legal precedent form a basis of the general concept of given source of the law.

Keywords: sources of the law, legal precedent, signs of legal precedent, time of occurrence and area of formation: legal precedent, judicial system, the decision on concrete affair, a rule of compulsion of legal precedent.