Для того чтобы стать реальностью и успешно выполнять свои функции, право должно иметь внешнее выражение. В правовой доктрине формы, с помощью которых воля становится правовой нормой, обозначаются термином "источники права". Обычно в теории права называют четыре вида источников: нормативный акт, судебный прецедент, санкционированный обычай и договор. В большинстве правовых систем мира доминирующим источником права является нормативный акт.

Важнейшее место среди источников права ряда стран занимает судебный прецедент. Его наличие свидетельствует о том, что правотворческой деятельностью в таких странах занимаются не только законодательные, но и судебные органы. Прецедент как источник права известен с древнейших времен. В Древнем Риме в качестве прецедентов выступали устные заявления (эдикты) или решения по конкретным делам преторов и других магистратов. Первоначально они имели обязательную силу при рассмотрении аналогичных дел лишь для самих магистратов, их принявших, и лишь в течение определенного срока, однако постепенно наиболее удачные эдикты приобрели устойчивый характер и постепенно сложились в систему общеобязательных норм под названием преторского права.

Как источник права прецедент широко использовался в средние века. После захвата Англии в 1066 году Вильгельмом I Завоевателем на смену разрозненным местным актам приходит общее для всей страны право. В этот период создаются королевские разъездные суды, которые решают дела с выездом на места и от имени Короны. Вырабатываемые судьями решения брались за основу другими судебными инстанциями при рассмотрении аналогичных дел. Так стала складываться единая система прецедентов, общая для всей Англии, получившая название - общее право.

В настоящее время судебный прецедент является одним из основных источников права в правовых системах Канады, США, Великобритании и многих других стран. Сегодня почти треть мира живет по принципам, сформулированным в английском праве. Судебный прецедент имеет большое значение в создании единого Европейского права, в формировании которого значительную роль играет Люксембургский Суд Европейского Сообщества.

Понятие прецедента, равно как и любого другого источника права, и прежде всего нормативного правового акта, весьма сложное и многогранное, в значительной степени зависящее и в то же время отражающее исторические, социальные, политические и иные традиции и специфические условия существования той правовой среды, в пределах которой прецедент возникает и функционирует.

В природе нет "универсального" явления под названием "прецедент", как нет и аналогичного ему и адекватно отражающего его понятия, одинаково "приложимого" к любой национальной правовой системе, включая правовую систему России, или правовой семье. В каждой национальной правовой системе и правовой семье имеют место свои особенности судейского права и, соответственно, судебного прецедента, а нередко - свое собственное представление о том, что собой представляет судебный прецедент.

Прецедент (предшествующий) – состоявшееся ранее решение или постановление суда (или иного органа) принимаемое за образец при решении в дальнейшем аналогичных вопросов.

Судебный прецедент – акт судейского правотворчества. Важно отметить, что в отличие от парламентского правотворчества, особенность судейского правотворчества предопределяется тем, что:

1) «судебное правотворчество всегда есть побочный продукт акта правосудия»;

2) оно «не самостоятельно» в том смысле, что «привязано» к основной функции судебной власти – осуществлению правосудия;

3) оно осуществляется в рамках закона и на основе закона, исходящего от высшей законодательной власти страны;

4) правотворчество Суда в значительной мере связано с толкованием (конкретизацией) права и восполнением пробелов в праве;

5) судебные правоположения вырабатываются судьями, как справедливо отмечается в литературе, только на основе «имеющихся норм и правовых принципов, а не своей субъективной воли»;

6) эти «правоположения» не должны противоречить существующим, и в первую очередь, конституционным законам;

7) сами по себе они не могут изменить или отменить закон;

8) существуют определенные границы или пределы судейского правотворчества, предусмотренные законом, которые, по мнению некоторых исследователей, представляют собой «стержень доктрины и практики прецедентного права, охватывающий сущность взаимоотношений и компетенцию судебной и законодательной властей, гарантии от узурпации прав последней».

Важную особенность прецедента во внутригосударственном праве составляет такой элемент, как общеобязательность (для однородных отношений), всеобщность и устойчивость его применения. Таким образом, судебный прецедент представляет собой более гибкий механизм преодоления пробелов в законодательстве. При наличии пробелов в праве, его отставании от жизни высшие судебные органы фактически издают нормы, вносящие изменения и дополнения в действующую систему нормативного регулирования общественных отношений. При этом судебный прецедент следует рассматривать в двух плоскостях: 1) судебный прецедент создает правоположение, которое отсутствует в нормативном акте, и тем самым преодолевает пробелы в законодательстве; 2) судебный прецедент дает разъяснения и толкование нормативно-правового акта.

В теории права прецедентом (судебным прецедентом) признается вынесенное судом по конкретному делу решение, обоснование которого становится правилом, обязательным для всех судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел. Таким образом, прецедент – это судебное решение по конкретному делу. Акцентируем внимание на необходимости различия понятий судебный прецедент и судебная практика. Если прецедент – это конкретное решение, то судебная практика – это типичные судебные решения по конкретным делам, являющиеся результатом длительного, однообразного судебного правоприменения. Понятие судебной практики применяется лишь в том случае, когда выявляется определенная линия в деятельности судебных органов в отношении решения того или иного вопроса .

Как подчеркивает Ануфриева Л.П., сочетание признаков источников права - обнаруживаются не у судебной практики, а именно в конкретном, индивидуализированном прецеденте; адекватной формой выражения юридических норм, т.е. источником права в формальном смысле, выступает не судебная практика, а судебный прецедент.

Подтверждение мы находим в англосаксонской системе права, где именно прецедент, а не судебная практика выступает источником права. При этом качество судебной практики быть источником права в объективном, т.е. материальном, смысле, ни в коем случае не отрицается, так как именно в процессе деятельности судов в ходе разбирательств гражданских дел уточняются, а иногда и создаются вновь (при наличии соответствующих условий) нормы права. Именно судебная практика сама по себе являет собой часть сложившейся государственно-правовой системы и правопорядка конкретной страны и, следовательно, должна быть отнесена к источникам права в материальном смысле, равно как и вообще объективные условия жизни данного общества. Источником же права в формально-юридическом отношении следует рассматривать судебный прецедент — конкретную форму выражения норм права, которая получает надлежащее одобрение со стороны государства и обеспечена гарантиями соблюдения.

Прецедент является одним из основных источников права в государствах «общего права», так называемых странах с англосаксонской системой права (Великобритании (прежде всего, Англии), США, ЮАР, Австралии, Канады, Новой Зеландии, Индии и др.). Возрастает роль судебного прецедента и в странах континентальной Европы (Франции, Германии, Италии, Швейцарии, Лихтенштейне, Люксембурге, Монако, Финляндии, Швеции, Испании), а также в странах Латинской Америки.

Рассмотрим значение и роль прецедента в англосаксонской системе права.

В Англии судебный прецедент может быть установлен только судом, т.н. «неограниченной юрисдикции» (Высоким судом правосудия, Высшим судом, Палатой Лордов). Так решения, выносимые Палатой лордов, являются обязательными для нее самой и всех прочих судов; решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для всех судов, кроме Палаты лордов; решения, принятые Высоким судом правосудия, обязательны для судов низших инстанций. При этом в судебном прецеденте содержится особый элемент — сущность решения, который в дальнейшем и используется судами при решении дел подобного характера. Ratio decidendi определяется английскими авторами как «правоположение, применяемое к правовым вопросам, возникающим в связи с установленными судом фактами, на которых основано решение».

В правовой системе Австралии судебный прецедент является источником права, при этом, акцентируем внимание, подчеркивается, что то, из чего складывается обычное право, есть не только и не столько «решения по каждому делу, сколько принципы, на основе которых выносятся эти решения». Обратим внимание на такую особенность решений, принятых высшими судами: все они обязательно публикуются, что и превращает их в судебный прецедент. Эти суды издают свои решения в специализированных изданиях - бюллетенях, являющихся своего рода источником судебной практики. Данная черта сближает судебную практику с другими источниками права. Со временем сила прецедента не исчезает, если только он не ошибочен или не становится противоречащим действительности. При этом судебный прецедент по англо-американскому праву может быть отвергнут либо законом, либо вышестоящим судом.

В Индии правилу судебному прецеденту придан официальный характер, которого он не имел даже в Англии. С 1845 г. публикуются сборники судебных решений, частные сборники. Юридическая комиссия, созданная в 1955 г., высказалась против ослабления правила судебного прецедента. Суды склонны следовать даже непригодным для Индии английским прецедентам. Однако решения судей нейтрализуются принятием поправок к Конституции.

В Северной Ирландии признается английская доктрина судебный прецедент, согласно которой решения высших судебных инстанций обязательны для них самих (за редкими исключениями) и для нижестоящих ирландских судов. Судебные прецеденты используемые североирландскими судами в качестве источника права, включают решения ирландских судов принятые до и после 1921 г.

В США отказались от принципа жесткого судебного прецедента: всем звеньям судебной системы предоставлена большая свобода действий, чем в Великобритании. В зависимости от обстоятельств юристы ссылаются на жесткость или на гибкость прецедентного права. Смягчение последнего обусловлено федеративной структурой страны, необходимостью предупреждения непреодолимых различий между правом штатов. Обязательность судебного прецедента мало отличается от добровольного восприятия судьями доктрин их предшественников. Административные квазисудебные учреждения также используют доктрину гибкого прецедента, но имеют еще большую самостоятельность. Судебный прецедент может быть создан не только высшими, но и нижестоящими судебными инстанциям. Высшие суды отменяют неугодные прецеденты. Считается, что и Верховный суд не застрахован от ошибки, поэтому предпочтительнее выносить гибкие судебные решения. Верховный суд и высшие судебные инстанции штатов никогда не были связаны собственными прецедентами. Верховный суд гибко толкует Конституцию США. Верховный суд штатов изменяют судебную практику обычно в связи с желанием унифицировать их право. В иных случаях позиция Верховного суда близка к той, что существовала в английской судебной практике до признания обязательности прецедента в XIX в. Верховный суд штата или Верховный суд США могут отказаться от прецедента конституционного толкования.

В Норвегии судебный прецедент - один из важнейших источников права. Решения Верховного суда, а иногда и других судебных инстанций, вынесенные по конкретному делу, имеют силу убеждающего прецедента и изучаются судами, принимающими решения по аналогичным делам. Однако Верховный суд в своих решениях формулирует не обобщающие правовые нормы, а положения, относящиеся к конкретным обстоятельствам дела.

В Финляндии судебные прецеденты играют большую роль в качестве источников права, поскольку в стране отсутствует всеобщая кодификация законодательства. Суды не обязаны следовать ранее принятым судебным решениям, но на практике нижестоящие суды всегда учитывают позицию вышестоящих.

В Швеции судебный прецедент (прежде всего решения верховных судебных органов) также нередко используются в качестве источников права, хотя в законодательстве отсутствуют нормы об обязательности судебных решений.

В Российской Федерации судебный прецедент не признается в качестве источника права, однако, как и во многих странах романо-германской системы права, прецедент, а точнее, судебная практика (обзоры судебной практики, информационные письма), приобретает все большее практическое значение. Современная судебная власть России главным образом в лице Конституционного суда, фактически уже осуществляет правотворческие функции, и это признается подавляющим большинством отечественных авторов – теоретиков и практиков. Постановления Конституционного суда ( часть решения) отдельными исследователями признаются ratio desidedi и на этом основании относится к прецедентам.

Между тем российские суды при ссылке сторон на судебные внутригосударственные судебные решения констатируют: «юридический прецедент не является официальным источником права в Российской Федерации, а представляет собой толкование нормы права и пример ее применения с учетом конкретных обстоятельств дела»; «суды Российской Федерации при принятии решения вправе опираться лишь на Закон, что вытекает из общих начал судопроизводства и правоприменения в целом, исключающих значение судебного прецедента как источника права»; «В Российском законодательстве отсутствует прецедентное право». Есть и обратные ситуации в практике, когда суды ссылаются практику вышестоящих судов. Общеобязательными являются нормативные решения Конституционного суда РФ. Вопрос о значении судебной практики и судебного прецедента как источника права является традиционно дискуссионным, однако все больше исследователей сходятся во мнении о необходимости пересмотра роли судебного прецедента.

Обратим внимание на подход М.В. Кучина. Признавая судебный прецедент источником права, автор вместе с тем утверждает: «Мы имеем в виду общую, принципиальную сторону рассматриваемого явления и далеки от мысли придавать ему безусловно-обязательную силу независимо от конкретных обстоятельств, в которых он применяется». Можно привести множество других суждений по вопросу о возможности признания прецедента источником российского права.

Интерес представляет позиция самих высших судебных инстанций относительно применения судебного прецедента. Так, Конституционный Суд РФ в своем Постановлении № 19-П от 16 июня 1998 г. «О толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации» заявил: «Только Конституционный Суд Российской Федерации выносит официальные решения, имеющие общеобязательное значение», в то время как «решения судов общей юрисдикции и арбитражных судов не обладают такой юридической силой. Они не обязательны для других судов по другим делам, так как суды самостоятельно толкуют подлежащие применению нормативные предписания, следуя при этом Конституции Российской Федерации и федеральному закону» http://allpravo.ru/diploma/doc33p0/instrum5290/print5292.html - \_ftn12.

Как подчеркивает Л.П. Ануфриева, в строительстве новой системы частного права, а именно о таком подходе, думается, надо в нынешних обстоятельствах вести речь, так называемым нетрадиционным источникам права в правопорядке Российской Федерации, каким является судебный прецедент, необходимо отыскать должное место аналогично тому, как это случилось с обычаем (по терминологии ГК РФ — «обычаями делового оборота»), закрепленным в ГК.

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

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

21 января 2010 г. Конституционный Суд РФ принял постановление №1-П, в котором признал положения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не противоречащими Конституции постольку, поскольку по своему конституционно-правовому смыслу данные положения:

* не предполагают придание обратной силы правовым позициям, выраженным в соответствующем постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, без учета характера спорных правоотношений и установленных для этих случаев конституционных рамок действия правовых норм с обратной силой (если придание правовой позиции обратной силы необходимо для восстановления и защиты таких прав и интересов, которые в силу их конституционно-правового значения не допускают сохранение судебного акта в силе, в том числе если в результате нового толкования улучшается положение лиц, привлекаемых к налоговой, административной или иной публично-правовой ответственности, а также в исключительных случаях по делам, вытекающим из гражданских правоотношений, если этого требуют - по своему существу публичные - интересы защиты неопределенного круга лиц или заведомо более слабой стороны в правоотношении);
* допускают пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам вступившего в законную силу судебного акта только при условии, что в соответствующем постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации содержится прямое указание на придание сформулированной в нем правовой позиции обратной силы применительно к делам со схожими фактическими обстоятельствами;
* не предполагают, что наличие в определении коллегиального состава судей Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации об отказе в передаче дела в порядке надзора в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации указания на возможность пересмотра оспариваемого судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам выступает в качестве обязательного требования такого пересмотра;
* не исключают возможность непосредственного обращения заинтересованного лица с заявлением о пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам судебного акта, вступившего в законную силу, в арбитражный суд, принявший оспариваемый судебный акт;
* не допускают пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам вступившего в законную силу судебного акта с нарушением процедуры, установленной главой 37 АПК Российской Федерации.

Таким образом, по общему правилу судебный прецедент распространяет свое действие (юридическую силу) только на будущее, но ВАС РФ вправе придавать обратную силу своим прецедентам.

Заключение

прецедентный право судебный

Таким образом, можно сделать определенный вывод, что по отношению к закону прецедент находится в "подчиненном" положении. Это проявляется, в частности, в том, что законом может быть отменено действие судебного решения, и в том, что любой законодательный акт, принятый уполномоченным на то органом и в соответствии с установленной процедурой, должен в обязательном порядке признаваться и применяться судами. Сам суд, создавая прецедент, должен действовать в строгом соответствии с законом.

Природа прецедентного права такова, что в ней в полной мере не может развернуться ряд свойств права, как например системность. Однако прецедентное право имеет ряд позитивных черт - высокий уровень определенности и нормативности, а также динамичность.

Список литературы

1.Юридический портал «Все о праве»

2. Спектор Е.И. Судебный прецедент как источник права

3. Максимов А.А Прецедент как один из источников английского права // Государство и право. - 1995.