

1. Общая теория источников права.

2. Прецедент как источник права.

3. Прецедентное право в России.

Общая теория источников права.

В научной и учебной литературе под источниками права традиционно считают нормативно-правовые акты, санкционированные обычаи и судебные (или административные) прецеденты.

Термин «источник права» имеет также философский смысл, который указывает на то, какие по своему характеру философские идеи легли в основу той или иной правовой системы.

Множественность смысловых значений термина «источник права» лишь подтверждает верность тезиса Г.Ф. Шершеневича о невозможности использования его самого по себе в качестве термина, адекватного понятию «внешнее выражение права».

Принято выделять:

Термин "источник права" юриспруденции известен давно. Еще римский историк Тит Ливий назвал законы XII таблиц источником всего публичного и частного права. Слово "источник" в этой фразе употреблено в смысле корня, из которого выросло могучее дерево римского права.

- источник права в материальном смысле;
- источник права в идеальном смысле;
- источник права в юридическом (формальном) смысле.

Источником права в материальном смысле

являются развивающиеся общественные отношения. К ним относятся способ производства материальной жизни, материальные условия жизни общества, система экономико-хозяйственных связей, формы собственности как конечная причина возникновения и действия права.

В идеологическом смысле

под источником права понимают юридические концепции, идеи, т.е. правосознание, которое также выступает в качестве весьма значительного фактора правообразования.

Формально-юридическом значении

под источником права понимают внешнюю форму существования правовых норм. Это и есть внешняя форма права в истинном значении термина. Форма права показывает, каким способом государство создает, фиксирует ту или иную правовую норму и в каком виде эта норма, приняв объективный характер, доводится до сознания членов общества.

В дореволюционной (до Октябрьской революции 1917 г.) России

Понятие права рассматривалось как «совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу».

Г. Ф. Шершеневич считал, что данный термин является «малопригодным ввиду своей многозначности»

И в свою очередь отмечал, что под термином «источнике права» понимаются:

а) силы, творящие право; например, источником права считаются «воля, Божья, воля народная, что имели значение действующего права», а также «идею справедливости, когда автор, по его мнению, может внести в право государственную власть»;

б) исторические памятники, которые «когда-то были приняты и считались источником права»;

в) труды ученых, которые использовались при подготовке германского Гражданского кодекса или что труды ученого Потье использовались при разработке кодекса Наполеона;

И.В. Михайловский писал (в XX веке)

термин «источник права» «до сих пор еще понимается различно, и по поводу его ведутся споры».

И добавлял, «между тем споры основаны на недоразумении: нет ничего проще устранить эти недоразумения и согласиться на счет общего понимания термина, которым столь часто пользуется наука».

При этом, продолжал, «одни говорят, что это - объективные условия данной среды, другие, что это высший этический закон, третьи, - что это психически переживания личности, четвертые, что это те формы (обычай, закон и т. д.), в которых облекается высшим внешним авторитетом известное содержание».

Дискуссии, касающиеся проблем понятия источников права проходили и в 40-е годы XX в.

когда под источником права понимался «тот способ, которым правилу поведения придается государственной властью общеобязательная сила» или когда под источником права в широком смысле понималась «диктатура рабочего класса, т. е. советская власть», а в специальном смысле - «законодательные нормы».

Споры о понятии источника права периодически возникали и во все последующие годы.

Констатируя данный факт, С. Ф. Кечекьян писал, что данное понятие «принадлежит к числу наиболее неясных в теории права. Не только нет общепринятого определения этого понятия, но даже спорным является самый смысл, в котором определяются слова «источник права».

И по сей день, констатируется некоторыми российскими авторами

«в отечественной юридической науке отсутствует общепринятое понятие источника права. Вместе с тем, реализация концепции правового государства в целях обеспечения устойчивого развития российского общества в целом предполагает наличие научно обоснованной концепции источников права».

На это же указывалось и указывается не только в ранней, но и в современной отечественной литературе.

Источник права как явление и отражающее его понятие следует рассматривать, как традиционно это делается в юридической литературе одновременно с разных сторон и в разных аспектах

Обратившись к отечественным и зарубежным толковым словарям, можно констатировать, что источник в этимологическом смысле понимается как:

а) «то, из чего берется, черпается что-либо; то, что дает начало чему-либо, служит основой для чего-либо»;

б) «письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование»и

в) «исходные место или позиция, служащие основой для развития чего-либо».

К общепризнанным, сложившимся источникам права относятся:

правовые обычаи

нормативные договоры

юридические прецеденты

нормативно-правовые акты

исторически сложившееся путем многократного повторения правило поведения, санкционированное государством в качестве общеобязательного правила. Юридическая норма, установленная и действующая в силу авторитета высших судебных органов государства, применяется в качестве правила поведения в аналогичных делах. Большинство древних юридических памятников представляют собой записанные правовые обычаи (например, древнеримские "Законы XII таблиц", древнерусская "Русская Правда")

**Прецедент
как источник
права.**

Прецедентом является такое поведение власти, которое имело место хотя бы один только раз, но может служить примером для следующего поведения этой власти. Иными словами, правовой прецедент (от лат. praecedens – предшествующий) – вынесенное судом по конкретному делу решение, обобщение которого становится правилом, обязательным для всех судов той же или низшей инстанции при разбирательстве аналогичных дел

Различают судебный и административный прецедент.

С точки зрения юридического содержания судебного прецедента как источника уголовного права России, следует выделить:

 **Нормативный судебный прецедент**

судебное решение по конкретному делу, которым: создается уголовно-правовая норма; изменяется уголовно-правовая норма; отменяется уголовно-правовая норма.

 **Толкующий судебный прецедент**

судебное решение по конкретному делу, содержащее обязательное для применения понимание уголовно-правовой нормы

В зависимости от субъекта создания судебного прецедента представляется возможность различать:

–прецедент Международного уголовного суда;

–прецедент Конституционного Суда РФ;

–прецедент Верховного Суда РФ.

Для судебного прецедента как источника права характерно

Казуистичность

Прецедент всегда максимально конкретен, максимально приближен к фактической ситуации, поскольку он вырабатывается на основе решения конкретных, единичных случаев, казусов.

Существует достаточно большое количество инстанций, которые могут создавать прецеденты. Данное обстоятельство вместе со значительной продолжительностью действия последних (десятки, а иногда и сотни лет) обуславливает отсюда и более разнообразие прецедентного права. Решения разных судебных инстанций от окружных до верховного суда значительно отличаются друг от друга. Это определяется гибкостью судебного прецедента как источника права.

Судебная практика

В одних случаях судебная практика понималась «как правило, созданное судом при постановлении им решений по отдельным случаям». При этом она нередко сопоставлялась (соотносилась) с правовым обычаем, который рассматривался в виде «правила, сложившегося в общественной среде и лишь констатированного судом».

В других случаях судебная практика «обыкновенно» определялась как «общее, продолжительное, однообразное применение известной нормы права судами данной правовой области».

В третьих случаях она рассматривалась в «расширительном» плане как «частная форма обычного права».

Соотнося судебную практику с правовым обычаем, Н. М. Коркунов, указывал на те ее отличительные особенности:

- а) выражение содержащихся в судебной практике юридических норм «не в общей форме, а лишь в применении к отдельным, частным случаям»;
- б) отсутствие в ней «определенности объема действия норм по времени»;
- в) создание судебной практики, «подобно закону», «не обществом и не каким-либо отдельным общественным классом, а учреждением»;
- г) обладание ею, «в противоположность обычаю, познаваемому только из фактических данных», «юридически определенной, аутентической формой выражения - подлинными судебными решениями»;
- д) возникновение судебной практики, в отличие от обычая, «обыкновенно в письменной форме, между тем как письменное возникновение обычая немыслимо»;
- е) наличие у судебной практики волевого, «сознательного» характера, «сознательное стремление к реализации, содержащейся в ней юридической нормы»

В России, говорил Г. Ф.

Шершеневич, судебная практика

**фактически не имеет сколько-
нибудь заметного значения.**

Страна, где «судебная практика является в настоящее время формой права, - констатировал Г. Ф. Шершеневич, - это Англия. То, что обыкновенно называется английским обычным правом, есть - право прецедентов (Case-Law), воплощенное в сборниках судебных решений (Reports)»

Л. И. Петражицкий писал,
что «в качестве третьего и последнего, после
законного и обычного права, источника
русского права в юридической литературе при
водится, согласно общим господствующим
учениям современной науки об источниках,
судебная практика»

Л. И. Петражицкий заключал,
что «судебная практика, конечно, не есть
особый, самостоятельный вид права или вид
обычного права; вообще она не право, а
явление совсем иного порядка - ряд челове
ческих действий, поступков».

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

- а)** с разрушением 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.

Прецедентное право в России.

Многие авторы приводят ряд 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 противоречит конституционно признанному и закреплённому принципу разделения властей

Во-вторых,

тезис о том, что признание судебной практики в качестве источника российского права не согласуется с характерными особенностями романо-германской правовой семьи, к которой «традиционно причисляют Россию» и которая, по мнению некоторых отечественных ученых, «не знает такой формы источника права, как судебный прецедент»

В-третьих,

мнение о том, что признание судебной практики источником российского права противоречило бы, с одной стороны, действующей Конституции России и обычному законодательству, а с другой - вступало бы в конфликт с правотворческой деятельностью Федерального собрания российского парламента.

В-четвертых,

положение о том, что в случае признания нормативно-правового акта или его отдельных частей не соответст

Вывод

Отечественная юриспруденция не признает прецедент в качестве источника права, поскольку судебные и административные органы должны выступать только правоприменительными органами, а не творить, не создавать право. В связи с этим возникает потребность в подготовке и издании специального закона об основных формах права. В этом акте надлежит подчеркнуть, что сведение форм права только к нормативно-правовым актам неоправданно. В законе желательно с максимальной определенностью выразить отношение государства к прецедентному, обычному и договорному праву, кроме этого в нем полезно нормативно зафиксировать "фундамент" регулятивной системы государства, главную форму права.