

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В УКРАЇНІ

TO DETERMINE THE LEGAL PRECEDENT IN UKRAINE

Ніколенко Л.М.,

доктор юридичних наук, професор кафедри господарського, цивільного та трудового права економіко-правового факультету Маріупольського державного університету

У статті досліджено судовий прецедент з точки зору його структури і змісту. Надано визначення судового прецеденту, проаналізовано взаємозв'язок судового прецеденту та судової практики, визначені форми прояву судового прецеденту. Доведено, що стосовно української правової системи права необхідно розглядати судовий прецедент з позиції ролі судів у формуванні права та її основних проблем.

Ключові слова: прецедент, судовий прецедент, судова практика, рішення, суд.

В статье исследован судебный прецедент с точки зрения его структуры и содержания. Дано определение судебного прецедента, проанализирована взаимосвязь судебного прецедента и судебной практики, определены формы проявления судебного прецедента. Доказано, что в отношении украинской правовой системы права необходимо рассматривать судебный прецедент с позиции роли судов в формировании права и их основных проблем.

Ключевые слова: прецедент, судебный прецедент, судебная практика, решения, суд.

This paper investigates judicial precedent in terms of its structure and content. Courtesy definition of judicial precedent, analyzes the relationship of judicial precedent and judicial practice, by forms of judicial precedent. It is proved that for Ukrainian legal system of law should be considered legal precedent from the standpoint of the role of courts in shaping the law and its underlying problems.

Key words: precedent, judicial precedent, litigation, judgment, court.

Постановка проблеми. Право за своєю природою є складним соціально-нормативним явищем і універсальним засобом досягнення суспільно значимих цілей. Правове впорядкування суспільного життя людей багато в чому обумовлено не лише кількісними характеристиками діючих правових норм, але й їх якісним змістом. Якісний зміст правових норм опосередкований конкретними культурними, економічними, політичними та іншими умовами розвитку суспільства на тому або іншому історичному етапі.

Теорія права виділяє три основні джерела права: нормативно-правовий акт, правовий звичай та судовий прецедент. Нині твердження про існування в українській правовій системі такого феномену, як судовий прецедент є широко обговорюваним питанням.

Стан дослідження. Проблеми становлення та функціонування прецедентів у різних правових системах аналізувалися у працях як зарубіжних, так і вітчизняних авторів: Р. Давида, Р. Кросу, Р. Уолкера, В. Туманова, М. Марченка, А. Селіванова, В. Нір, Л. Луць, С. Шевчука, В. Навроцького та ін. Однак підходи до його розуміння і форми його прояву дуже різні. Тому метою є дослідження судового прецеденту з точки зору його структури, змісту та надання визначення судового прецеденту.

Виклад основних положень. З точки зору лексичного значення слово «прецедент» означає випадок, що має місце вперше, який є прикладом для подальших аналогічних випадків [1, с. 604]. Оксфордський словник визначає поняття «прецедент» як приклад або справу, яка приймається або може бути прийнята як зразок або правило для подальших справ або за допомогою якої може бути підтверджений або пояснений який-небудь аналогічний акт або обставина [2].

Під юридичним прецедентом розуміється судові або адміністративні рішення з конкретної юридичної справи, якому держава надає загальнообов'язкове значення і яке згодом стає зразком або правилом для вирішення аналогічних справ. Таким чином, розрізняють два види прецеденту: адміністративний, який створюється органами виконавчої влади і судовий, який створюється органами судової влади, як правило, вищими судами держави. Суть юридичного прецеденту полягає в тому, що рішення державного органу (судового або адміністративного), що раніше було ухвалено, з конкретної юридичної справи має силу правової норми (загальнообов'язкового правила поведінки) під час подальшого вирішення аналогічних справ. Систему прецедентів, що діють в державі, прийнято називати прецедентним правом. Прецедентна форма права широко використовується в Англії та США. Україна належить до країн статутного права, де суди не мають права формувати прецеденти. У Конституції України закріплений принцип, згідно з яким судді під час здійснення правосуддя незалежні та підкоряються лише закону (ст. 129). Якщо суд підкорятиметься рішенню іншого суду (прецеденту), то тим самим він відступить від цього принципу.

У той же час ряд вітчизняних юристів стверджує, що судова правотворчість фактично стала самостійним джерелом права. На підтвердження цього факту наводиться ряд доказів: розширення сфери застосування судової практики; зміна відношення до прецеденту серед вітчизняних вчених і практиків у бік визнання його в якості одного з джерел українського права. Так, наприклад, С. В. Шевчук обґрунтовує доцільність використання судового прецеденту у вітчизняному механізмі правового регулювання та на-

голошує на обов'язковості рішень Верховного Суду України для всіх суб'єктів права, а не тільки для сторін цієї справи [3, с. 16-19]. Л. А. Луць зазначає, що судовими прецедентами можуть стати рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду України [4, с. 104].

Щодо необхідності впровадження судового прецеденту для реформування правової системи України також висловлювалися й інші вітчизняні науковці: А. Селіванов, М. Мірошник, М. Сірий, Л. Луць, В. Котюк, С. Шевчук, В. Навроцький, Б. Малишев, Д. Кухнюк, Д. Кирилюк та інші.

У рамках цього дослідження необхідно виділити підходи у визначенні судового прецеденту. З позиції двох моделей судової правотворчості – англо-американської та континентальної – необхідно розрізнити два види «прецеденту». Без дослідження різниці між вказаними моделями проблема механічного використання терміну прецедент у вітчизняній і зарубіжній літературі залишається, що призводить до протиріч і розбіжностей в розумінні «судового прецеденту» і «судової практики». Прецедентне право виникло в Англії. Загальне право тут створювалося королівськими судами і у своїй основі було правом судової практики. Англійські суди і нині не лише застосовують, але і створюють норми права. Правила, що містяться в судових рішеннях, згідно з англійським правом повинні застосовуватися і надалі, інакше буде порушена стабільність загального права і поставлено під загрозу саме його існування. Історично в Англії склалися три принципи судового прецеденту: *stare decisis* – принцип, що зобов'язує дотримуватися прецедентів; *ratio decidendi* – частина судового рішення або суть правової позиції судді, на підставі якої ухвалюється рішення; *obiter dicta* – аргументи, необов'язкові для висновків суду зі справи, зазвичай іменуються як «попутно сказане». Структура англійського прецеденту ускладнена тим, що суддя під час винесення рішення, яке приймається як прецедент, повинен розмежувати суть рішення, тобто чому потрібно слідувати і «попутно сказане». До того ж необхідно враховувати, що міра обов'язковості сформульованого судом прецеденту залежить від його місця в судовій ієрархії судів. Р. Крос під час дослідження судового прецеденту робить висновок, що поняття «судовий прецедент» і «судова практика» розглядаються як ідентичні, взаємозамінні, такі, що виступають, за загальним правилом, під однією і тією ж назвою – «прецедент» [5, с. 151-154]. У США відношення до прецеденту як джерела права спрощено, тут цілком допускається зміна судової практики. У країнах романо-германської системи права існує дещо інше розуміння судового прецеденту – це судово-звичайне право або судова практика. Відмінність полягає в тому, що правові норми, що створюються судом (навіть вищим), не є обов'язковими для нижчестоящих судів під час розгляду аналогічних справ. Формально всі суди рівні у своїх повноваженнях і не пов'язані рішеннями один одного, а визнання вираженої позиції вищестоящої інстанції здійснюється не в силу примусовості, а в силу переконливості.

Таке правило застосовується судами як правовий звичай. На відміну від прецеденту в загальному праві, тут норма права створюється не в силу нормативної обов'язковості окремо багатократного однакового застосування, прийняття всіма або більшістю судів [6, с.186-187]. В основному ж, в романо-германській системі права роль судової практики не виходить за межі тлумачення або роз'яснення закону. Вважається, що правотворча діяльність є прерогативою законодавця, а також урядової або адміністративної влади, уповноваженої на це законодавцем. Як відмічав Р. Давид, континентальна модель судової практики, на відміну від англо-американського прецеденту, дозволяє кожному конкретному судовому органу брати участь в правотворчості, впливати на формування і зміну судово-правових норм [7, с. 248-249]. Таким чином, якщо ці дві моделі об'єднати поняттям «прецедент», то з урахуванням їх істотної різниці умовно можна розрізнити два види прецеденту: континентальну модель судової практики і англо-американський судовий прецедент.

Дореволюційна теорія права визнавала, що закон доповнюється нормами, які створюються судовою практикою, хоча така думка не була загальною визнанням. Вітчизняна юридична наука пізнішого періоду вважала, що судова практика не може бути повноцінним джерелом права, вона не повинна встановлювати первинні норми, вносити доповнення і виправлення в загальні нормативні приписи. «Її роль чисто службова, допоміжна – конкретизувати в процесі тлумачення юридичні норми з урахуванням цієї обставини у межах застосування права» [8, с. 88]. Останнім часом під час реформування законодавства іноді враховуються загальні принципи, оціночні поняття, судова практика. Таким чином, сучасна українська правова система є взаємопроникненням правових систем, синтезом статутного і прецедентного права. У зв'язку з цим виникає плутанина у визначенні «прецеденту», в який вкладається дещо інший сенс. Він відрізняється від того, який був закладений в доктрині англійського прецеденту. В Україні прецедент часто ототожнюють з рішенням суду, що є необгрунтованим. Називаючи рішення суду прецедентним, в нього вкладається обмежений сенс: як неординарне рішення або рішення, яке раніше не зустрічалося в практиці судів. Виходячи з «класичного» розуміння, до прецедентів можна відносити судові рішення лише у тому випадку, коли під судовим прецедентом розуміють рішення суду з конкретної (індивідуальної) юридичної справи, що створює нову норму права і обов'язкове для судів під час розгляду аналогічних справ. Судовий прецедент повинен містити обов'язкові ознаки: індивідуальність, нормативність і загальнообов'язковість. За суттю ці три ознаки утворюють розуміння прецеденту як специфічного джерела права, властивого країнам загального права. Тому судовий прецедент необхідно розглядати у сукупності з його основними ознаками.

Слід розрізнити поняття «судовий прецедент» і «судову практику», тому що ці два поняття ма-

ють різні смислові значення, тому не можуть бути ідентичними. Коли йдеться про судовий прецедент, то мається на увазі створення нової норми. Судова ж практика вивчає, узагальнює і надає роз'яснення з питань застосування законодавства. Судовий прецедент має на увазі не процес судової діяльності, а його результат, саме судові рішення. Судова практика вказує на сформовані судами загальні положення у вигляді правил, принципів, вказівок і визначень, які мають певну міру загальноновизнаності та обов'язковості [9, с. 6-8]. Крім того, судова практика включає декілька смислових значень: правозастосовну діяльність судів; правотворчу діяльність судів, пов'язану з розробкою у процесі розгляду конкретних справ загальнообов'язкових правил поведінки; самі розроблені в процесі судової діяльності загальнообов'язкові рішення і матеріали справ, тобто судові документи. Ще одна відмінність полягає в тому, що судова практика – це діяльність усіх судів, а судовий прецедент – діяльність тільки вищих судів. Таким чином, з позиції термінології судовий прецедент і судова практика – поняття різні, не тотожні.

Деякі прояви судового прецеденту можуть мати різні форми. Виходячи з цього розуміння, виділяють наступні форми прояву судового прецеденту: у формі акту правозастосування, акту інтерпретаційного, акту преюдиції, правового звичаю, правової позиції суду, нормативного правового акту. Розділяють судовий прецедент і за іншими критеріями. Як вже вище зазначено, в одних випадках судовий прецедент і судову практику розрізняють, в інших – обидва явища об'єднують поняттям прецедент. У останньому випадку виділяють: «обов'язковий» і «необов'язковий», «офіційний» і «неофіційний», «формальний» і «фактичний» прецедент. Поняття «прецедент» у сучасних дослідженнях нерідко застосовують стосовно судових рішень, що мають важливе політико-правове значення або до явищ, які визначили застосування норми вперше після її встановлення, або явищ, що мають преюдиціальне значення відносно яких-небудь фактів. Тим самим прецедент ототожнюється з конкретним судовим рішенням, незалежно від того, створюється при цьому нова норма права або існуюча норма просто застосовується до конкретних обставин справи. Це розуміння не є судовим прецедентом, оскільки несе в собі просто тлумачення закону, розкриття його сенсу. Інша справа, коли відбувається смисловий розвиток загальних правових приписів, що за своєю суттю є правотворчістю. Тут виникає проблема встановлення меж між правозастосовною діяльністю судів і правотворчістю. Тому судовий прецедент необхідно розглядати з позиції розмежування нормотворчої функції суду (правотворчості) і правозахисної ролі суду (правозастосування).

У юридичній літературі довгий час панувала точка зору, згідно з якою суд – носій державної влади, компетенція якого полягає в застосуванні права, а не в створенні правових норм. Останнім часом стався перелом, судова нормотворчість поступово отримує визнання. Існує негативне і позитивне відношення

до правотворчості судів. Негативна правотворчість полягає у протиріччі принципу розділення влади, законності та природі судової діяльності. В якості основних аргументів проти правотворчості судів можуть бути наведені наступні: в сферу офіційно закріпленої компетенції судів входить виключно правозастосування, а не правотворчість; у нормативних тлумаченнях пленумів вищих судових органів відсутні норми права у всій сукупності логічної структури, містяться лише елементи диспозицій, гіпотез, санкцій. Під позитивною правотворчістю розуміють не лише процес встановлення норм, але і процес відміни існуючих норм права. По суті, право доповнювати закон і розширювати межі його застосування або пом'якшувати його дію мало чим відрізняється від права приймати закони. На користь судової нормотворчості говорить те, що право на створення правових норм слідує з самостійності судової влади, а також із завдань суду з захисту прав і свобод громадян. Подібна точка зору обґрунтовується посиленням на Конституцію України, передусім про гарантованість громадянам судового захисту їх прав і свобод (ст. 55). Джерело судової нормотворчості бачиться, в першу чергу, в можливості застосування судами безпосередньо норм законів, Конституції України, міжнародних договорів і загальноновизнаних принципів міжнародного права, якщо акти меншої юридичної сили їм суперечать. Також враховуючи, що останніми роками на основі судової практики ін деякі законодавчі акти були внесені зміни й ухвалені нові закони, можна констатувати наявність певних правових підстав для розгляду деяких судових актів і актів судових органів в якості джерел права, а також визнати правотворчу роль вищих судів України. Чинним українським законодавством прецедент не регулюється. Але, на думку дослідників, вищі судові інстанції не знаходяться в стороні від нормотворчого процесу й активно використовують свої можливості в цьому питанні в межах своєї компетенції, оскільки одним з істотних недоліків в правовому регулюванні є невизначеність, неясність, неконкретність правових норм, які містяться в законах та інших нормативних актах [10].

Якщо в «класичному» розумінні під судовим прецедентом визнають рішення суду з конкретної юридичної справи, що створює нову норму права і обов'язкове для судів під час розгляду аналогічних справ, то судовий прецедент щодо української правової системи необхідно розглядати у сукупності з його основними ознаками: індивідуальністю, нормативністю та обов'язковістю. До числа судових актів, що містять нормативні приписи, відносять наступні: правові позиції і деякі рішення Конституційного Суду України; нормативне тлумачення Пленумів Верховного Суду України і вищих спеціалізованих судів; рішення судів за аналогією закону і права, а також рішення, прийняті на основі норм права, що містять деякі оціночні поняття рішення Європейського суду з прав людини. Проте наявність такої істотної ознаки як нормативність для визнання припису правовим є недостатньою. Потрібне офіційне визнання

його загальнообов'язковості. Рішення судів з конкретних справ є обов'язковим для усіх учасників справи (суб'єктів права). Але судовими прецедентами визнаються лише ті рішення, які засновані на авторитеті вищих судів, де судді нижчестоящих інстанцій враховують думку суддів вищестоящої інстанції. Ця ознака властива постановам пленумів Верховного Суду України і вищих спеціалізованих судів, оскільки тільки ці судові інстанції можуть надавати роз'яснення з питань судової практики. Більше того, рішення суддів, що ігнорують сформульоване пленумом правило, може бути скасоване вищестоящим судом, і у результаті справа повинна розглядатися відповідно до вказівки вищої судової інстанції.

У вітчизняній науці судовий прецедент розглядають з точки зору його структури і змісту [11]. Англійські юристи відносять до прецедентної норми юридичний висновок у справі та аргументацію (мотивування) рішення. Ці два елементи складають суть рішення. Прецедентною нормою вважається певна частина судового рішення з конкретної справи. В українській правовій дійсності прецедент, хоч і побічно, фіксується інакше. Розглядаючи конкретну справу, суд виносить підсумкове рішення. Це рішення складається з декількох частин: вступна частина, яка містить в собі інформацію про умови розгляду справи; описова частина, де викладається фабула справи; мотивувальна частина, яка розкриває суть питання і обґрунтування висновків суду (цю частину рішення в науковій літературі частіше називають правовою позицією); резолютивна частина, в якій, власне, формується остаточне рішення зі справи. Виходить, що судовий прецедент знаходиться в резолютивній частині рішення, яка, в принципі, має нормативно-правовий характер. Але це не зовсім правильно, оскільки неможливо висновок (резолютивну частину) приєднати до інших неаналогічних правил поведінки, і одна частина рішення не може існувати без іншої. Отже, обставини справи, мотивувальна частина і резолютивна частина мають бути пов'язані з підсумковим рішенням. Тому під судовим прецедентом необхідно розуміти рішення в цілому виді (цілісність всіх його частин), його суть.

Якщо судовий прецедент пов'язаний з появою нової норми, то він повинен мати структуру, тобто внутрішню організацію. Деякі автори зазначають, що прецедент, зокрема судовий, складається з трьох елементів: вивчення фактів, визначення аргументів, винесення самого рішення [12, с. 41]. Перший елемент – вивчення фактів, які відносяться до даної справи, і виділення найбільш значимих з них прийнято називати гіпотезою. Другий елемент – визначення аргументів на користь ухвалення рішення вважається диспозицією. Останній елемент – власне ухвалене рішення, що стосується інтересів сторін, іменується санкцією. Вищесказане дає підставу розглядати судовий прецедент як форму існування правової норми, а це означає, що судовий прецедент набуває форми індивідуального правозастосовного акту. Це є припущенням, а не твердженням, оскільки за внутрішньою побудовою та змістом судовий пре-

цедент – явище досить складне, неоднозначне, яке має безліч правил, принципів і давню історію існування. Судовий прецедент складається з двох частин:

1) суті правової позиції судді, яка висловлена у зв'язку з розглядом конкретної справи і є підставою рішення суду у цій справі. Ця частина рішення в англійському праві називається *ratio decidendi* [5, с. 88]. Під правовою позицією прийнято розуміти узагальнене представлення суду з конкретних правових проблем. Правова позиція – орієнтир в правових проблемах, що формується Конституційним Судом України і вищими спеціалізованими судами;

2) думок, аргументів суддів, які обґрунтовують необхідність і переконливість ухвалення рішення або його неприйняття, що не увійшли до підстав рішення суду. Ці аргументи не є обов'язковими для судового рішення і зазвичай іменуються як «попутно сказане» – *obiter dictum* [13, с. 366].

Розглядаючи справу, суддя підсумовує обставини справи, аргументи та обговорення відповідних питань права. Проте не все сказане суддею в його висновках зі справи створює судовий прецедент, а тільки його правова аргументація. Слова суддів, їх особлива думка, які не застосовані в справі, зазвичай називають позасудовими заявами, які не мають, як правило, ніякої обов'язкової сили. Суддя, який не погоджується з рішенням, має право письмово викласти свою особливу думку, яка додається до матеріалів справи. Особлива думка судді – добровільна, письмова незгода судді (у формі заяви), висловлена в процесі вирішення, але яка не застосована як підстава рішення, а тому не має ніякої обов'язкової сили.

Висновки. Таким чином, вважаємо, що судовий прецедент можна розглядати з позиції відмінності моделей судової правотворчості (англо-американський прецедент і континентальна судова практика); з позиції термінологічної відмінності (судова практика і судовий прецедент); з позиції лексичного, обмеженого й юридичного значення; з урахуванням форм прояву судового прецеденту, з позиції розмежування нормотворчої функції судів (правотворчості) і правозахисної ролі судів (правозастосування); з точки зору його основних ознак (індивідуальність, нормативність, обов'язковість); з точки зору його структури і змісту. Що стосується української правової системи права, то необхідно розглядати судовий прецедент з позиції ролі судів у формуванні права та її основних проблем: вплив рішень вищих судів з конкретних справ; вплив постанов Пленумів Верховного суду України і вищих спеціалізованих судів; значення рішень Конституційного Суду України; значення і вплив рішень Європейського Суду на правову систему України. Поняття судового прецеденту, його функцій в правовій системі тієї або іншої держави не повинні, та і не можуть, носити універсального характеру. У правовій системі будь-якої держави під час визначення підходів до прецеденту повинні враховуватися національні та історичні причини, особливості правової системи, судустрій конкретної держави і багато іншого, що не може не впливати на формування судового прецеденту.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Ожегов С. Толковый словарь русского языка / С. Ожегов, Н. Шведова. – М. : А Темп, 2009. – 944 с.
2. Oxford English Law Dictionary // Oxford English Dictionary [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.search.oed.com>.
3. Шевчук С. Рішення Верховного Суду України як джерело права (деякі аспекти дії прецедентного права в Україні) / С. Шевчук // Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 16–19.
4. Луць Л. Сучасні правові системи світу : навчальний посібник / Л. Луць. – Львів : Львівський національний університету імені Івана Франка, 2003. – 234 с.
5. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс ; под общ. ред. : Ф. Решетников (предисл.) ; пер., предисл. : Т. Апарова. – М. : Юрид. лит., 1985. – 238 с.
6. Зивс С. Источники права : монография / С. Зивс. – М. : Наука, 1981. – 241 с.
7. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. Туманова. – М. : Междунар. отношения, 1999. – 400 с.
8. Алексеев С. Общая теория права : В 2 т. – М. : Юрид. лит., 1982. – Т. 2. – 360 с.
9. Сірий М. Забезпечення єдності судової практики – важливий напрямок розвитку правової системи України / М. Сірий // Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 6–8.
10. Луць Л. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України / Л. Луць // Вісник Центру суддівських студій. – 2006. – № 6. – С. 10–15 ; Малишев Б. Правосуддя і судова правотворчість / Б. Малишев. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія / А. Бернжков., В. Бігун [та ін.]. – К., 2009. – С. 238–265 ; Шевчук С. Судова правотворчість та принцип поділу влади / С. Шевчук // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – № 2 (53). – С. 24–35.
11. Шевчук С. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права ; історія політичних і правових вчень» / С. Шевчук Національна юридична академія України ім. Я. Мудрого. – Харків, 2008. – 39 с. ; Селіванов А. Судове право: нова галузь права чи теоретична думка? / А. Селіванов [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/0E40BFB02A7785CCC22575D80039A589> ; Ченкова Н. Роль судової практики та прецедентів у забезпеченні принципу рівності перед законом і судом в адміністративному судочинстві / Н. Ченкова // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – Т. 26 (65). – 2013. – № 22. – С. 241–250.
12. Богдановская И. Прецедентное право / И. Богдановская. – М. : Наярна, 1993. – 365 с.
13. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.