

УДК 340.142

О. Дашковська, професор кафедри загальнотеоретичних дисциплін Полтавського юридичного інституту Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Судовий прецедент і судова практика як джерела права

Після проголошення незалежності Україна прагне запозичити той позитивний досвід і традиції, що сформувалися за багатовікову історію розвинених країн у сфері захисту прав і свобод людини. Одним із таких безперечних досягнень є постулат про суди як про самостійну гілку влади поряд із законодавчою й виконавчою.

Саме діяльність незалежної судової гілки влади має особливе значення для забезпечення принципу верховенства права. Суд дедалі більше сприймається як протизвага та певний стабілізуючий чинник щодо виконавчої та законодавчої гілок влади. Підвищення його ролі і значення на сучасному етапі зумовлює розгляд по-новому багатьох пов'язаних із цим проблем.

Тривалий час вітчизняною юридичною наукою воля законодавчого органу держави розглядалася як єдине джерело формування й розвитку права. Судам традиційно відводилася роль органу, уповноваженого виключно на застосування правових норм, можливість впливу судової практики на формування права не визнавалася.

Завданням подальшого розвитку правосуддя в Україні є реальне утвердження верховенства права в суспільстві й забезпечення кожній особі права на справедливий судовий розгляд у незалежному й неупередженому суді. Сутність верховенства права полягає в тому, що права людини й основоположні свободи виступають тими цінностями, які формують зміст і спрямованість діяльності держави. Однак верховенство права так і залишатиметься доктриною, позбавленою практичного значення, доки судді у своїй професійній діяльності не керуватимуться виключно принципом верховенства права, який, зокрема, вимагає юридичної визначеності й подібності судової практики.

Як відомо, у країнах загального права лише частина правового регулювання здійснюється законами. Натомість норми поведінки здебільшого визначаються судами, рішення яких набувають прецедентного характеру. Безперечно, статусу судового прецеденту може бути

далеко не кожне рішення. Отже, шлях до формування правових положень у країнах континентальної правової сім'ї і до появи судових прецедентів в англо-саксонській правовій системі є схожим. Правоположення і судові прецеденти є близькими і за своїм характером, і за своєю правовою природою, що зумовлює необхідність звернення до такого питання, як порядок вироблення судових прецедентів та їх вплив на формування і розвиток права.

Загальне право набуло свого розвитку в XII–XIV ст. як єдина для всієї країни сукупність норм, що являла собою модифіковані місцеві звичаї, закріплені у рішеннях королівських судів (прецедентах), які потім застосовувалися при розгляді подібних справ. Виникнення загального права обумовлено діяльністю централізованої судової системи, унаслідок створення якої відправлення правосуддя поступово переходить від місцевих судів до королівських¹.

Повільна зміна кількості видів приписів та форм позовів, відповідно до яких королівські суди приймали справи до свого розгляду, заважала адаптації загального права до розвитку суспільних відносин. Разом з цим це забезпечувало його стабільність, оскільки до XIX ст. судді не розглядали попередні судові рішення зі схожих питань як абсолютно обов'язкові (тим не менш у своїй діяльності вони намагалися не відступати від прецедентів, які вже неодноразово застосовувались їхніми колегами). Приписи та встановлені форми судового захисту, які упродовж століть визначали розвиток та зміст права Англії, призвели до його залежності від процесу, що в подальшому обумовило набуття судами значної автономії від королівської влади та парламенту². З іншого боку, складність судових процедур створила підґрунтя для дуже раннього становлення та стрімкого розвитку прошарку юристів в англійському суспільстві: вже у XIII ст. найзаможніші з них отримали чимало привілеїв і сформували активну та впливову соціальну групу.

Судовий прецедент як результат вирішення конкретного спору за своїм змістом не може ототожнюватись із судовою практикою, як сукупність судових рішень за певною категорією справ.

Прецедентне право — це комплексне явище, яке слід розуміти одночасно як: 1) сукупність юридичних норм, що містяться у судових прецедентах; 2) правові ідеї та принципи, якими керуються судді при створенні нових норм; 3) правила застосування прецедентів (доктрина

¹ Собкова В. Місце судового прецеденту серед інших джерел права у англосаксонській правовій системі / В. Собкова // Право України. – 2007. – № 5. – С. 155–159.

² Мідзяновська В. Прецедент як джерело права в англо-саксонській правовій системі / В. Мідзяновська // Бюл. Мін-ва юстиції України. – 2005. – № 12. – С. 78–85.

прецеденту); 4) особливий стиль юридичного мислення. Це визначення відображає специфіку діяльності суду як суб'єкта правотворчості, який здійснює цю функцію в процесі розгляду справ та у нерозривному зв'язку із застосуванням створених ним норм до конкретних правовідносин¹.

Нормам прецедентного права притаманний низький рівень системності та високий ступінь нормативності. Процесу безпосереднього застосування норми прецедентного права передують дві дії: а) пошук прецеденту (найчастіше кількох) вирішення спору за схожими обставинами; б) виокремлення норми з тексту прецеденту. Застосування норми прецедентного права відрізняється від застосування норми закону за «напрямом» здійснення всіх операцій. Вплив норми закону на спірну ситуацію має вертикальний характер, оскільки норма містить абстрактний припис із побічною вказівкою на коло відносин та суб'єктів, які підпадають під її дію, таким чином, її диспозиція поширюється на досить невизначену сферу конкретних ситуацій. Натомість прецедентна норма має горизонтальний характер взаємозв'язків з об'єктом свого регулювання, оскільки останнє здійснюється за принципом «від прецеденту до прецеденту». Приписи прецедентного права не лише базуються на спірних ситуаціях, а й виникають у результаті їх судового вирішення. Тому прецедент не тільки містить норму права, а пропонує ще і приклад її застосування до конкретних фактів та обставин².

Слід підкреслити, що рішення суду країн загального права (як і рішення суду країн континентального права) спрямоване на вирішення конкретного спору. При цьому таке рішення суду країн загального права, як побічний результат здійснення правосуддя, в окремих випадках може створити загальнообов'язкове правило («binding case»). Водночас правило створюється не за зразком континентальної норми права (гіпотеза — диспозиція — санкція), а шляхом формулювання аргументації, з якої виводиться певне правило, принцип, підхід («ratio decidendi»), застосування якої призвело до вирішення справи тим чи іншим способом за даних конкретних обставин. Рішення, що створює таким чином нове правило, має застосовуватись у частині «ratio

¹ Мкртумян А. Ю. Поняття судового прецедента в сучасній теорії права / А. Ю. Мкртумян // Рос. юстиція. – 2009. – № 11. – С. 11–13.

² Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01: теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень / Б. В. Малишев ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2002.

decidendi» нижчими інстанціями (вертикальна дія прецеденту) або тим же судом чи іншими судами того ж рівня (горизонтальна дія прецеденту) при вирішенні «аналогічних» справ. При цьому порівняння фактичних обставин справ для визначення ступеня «аналогічності» має різне значення у різних країнах — від першорядного (у США) до менш істотного (в Англії). Прецедентні рішення є обов'язковими не в повному обсязі, а лише в частині «ratio decidendi». Решта прецедентного рішення, зокрема і правові позиції, сформульовані судом «між іншим» (мають назву «obiter dictum»), не є обов'язковою. Зазначений спосіб формування прецедентного права вплинув і на спосіб викладення текстів норм у законах країн загального права, які не відповідають відомому континентальному принципу законодавчої економії, відрізняються значно більшою казуальністю, ніж норми країн континентального права, через що потребують постійного доповнення прецедентними рішеннями¹.

Між судовим прецедентом та існуючою практикою як сумарним результатом розгляду конкретних справ не можна ставити знак рівності, оскільки окреслена проблема термінологічної розбіжності цих понять вимагає не тільки оцінки конкретності застосування логічних правил диференціювання, а й урахування особливостей об'єктів права².

У континентальній правовій системі судовий прецедент існує поряд з іншими джерелами права. Натомість вплив суду на формування й розвиток права знайшов своє відображення в теорії судової практики. Усталена судова практика визнається джерелом права країн романо-германської правової сім'ї, зокрема України³. На відміну від судового прецеденту судова практика не може бути сформована на підставі одного судового рішення. Тому якщо щодо судового прецеденту зовнішньою формою його закріплення є конкретне судове рішення, на яке можна посилатися, то судова практика такої форми зовнішнього закріплення не має. У конкретних судових рішеннях можуть знаходити відображення вироблені нею положення права. Проте висновок про їх сформованість можна зробити лише у тому випадку, якщо наявна озна-

¹ Стрельцова О. Співвідношення понять судового прецеденту та судової практики (теоретичний аспект) / О. Стрельцова // Право України. – 2004. – № 10. – С. 136–140.

² Гураленко Н. А. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект / Н. А. Гураленко. – Львів, 2010.

³ Куйбіда Р. О. Організація і розвиток сучасної судової системи України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Р. О. Куйбіда ; Акад. адвокатури України. – К., 2006. – 21 с.

ка повторюваності, тобто те чи інше правило, вироблене судовою практикою, щоб набути статусу правоположення, має виступити юридичною основою вирішення цілої низки справ. Така поступовість формування судової практики може забезпечувати легітимність тих правил поведінки, що формуються судовою практикою.

Крім того, важливу роль у формуванні судової практики у країнах континентального права відіграють рішення вищих судів, що можуть служити аналогом переконливих прецедентів. В Україні таку роль можуть відігравати рішення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів — Вищого адміністративного, Вищого господарського і Вищого спеціалізованого суду з цивільних і кримінальних справ. Кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не брати її до уваги, виходячи з авторитетності вищої судової інстанції і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення¹. Водночас ситуація, за якої суддя, наприклад, першої інстанції, не погоджуючись із позицією ВСУ, приймає своє рішення всупереч цій позиції, ризикуючи наступним скасуванням свого рішення, не суперечить чинному законодавству. У той же час існування різних рішень з аналогічних справ на рівні вищих спеціалізованих судів є підставою для перегляду їх рішень у Верховному Суді України.

Отже, у європейських країнах для визначення нормативного значення актів судової влади вживається правова конструкція «усталена судова практика», а не «судовий прецедент». Ці обидва поняття відображають той самий феномен судової правотворчості, але в різних історичних і соціальних умовах. Професор М. Марченко намагався розглянути питання про їх співвідношення, у результаті чого дійшов висновку, що «судова практика, будучи самодостатньою формою суддівського права, водночас має прецедентний, або, що те саме, нормативно-прецедентний характер»².

У різних правових системах для судів є характерним слідування своїм попереднім рішенням незалежно від формального визнання правила прецеденту. Це стосується не лише національного права, а також є слушним у праві ЄС. Обов'язок судів враховувати свої попередні рішення притаманний здійсненню правосуддя, а саме впливає з таких

¹ Майданик Р. Прецедентні рішення вищих судів і система права України / Р. Майданик // Юрид. вісн. України. – 2009. – 7–13 листоп. (№ 45). – С. 7.

² Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – М., 2007. – С. 110.

характеристик цього явища, як: недискримінаційне ставлення, однаковість, правова визначеність, правова передбачуваність і послідовність (наступність). Важливим також стає принцип юридичної (процесуальної) економії, від якого залежать строки вирішення справ і витрати при цьому. Саме ці принципи суттєво впливають на можливість будь-якої системи мати прецедентний характер.

У межах кожної правової системи держав — членів Європейського Союзу склалося власне уявлення про сутність судового прецеденту, судової практики, їх роль у регулюванні суспільних відносин через історичні, національні, державно-правові та інші чинники. Проте значення прецеденту як джерела права в цих країнах характеризується спільною ознакою: судовий прецедент має переважно переконливу силу. У той же час відбуваються зворотні процеси: якщо у країнах загального права посилюється роль закону як джерела права, то в інших державах — членах ЄС зростає роль судових органів у процесі правового регулювання. Спостерігаються поступове взаємопроникнення, конвергенція романо-германського права та англосаксонського, що супроводжується підвищенням ролі та значення судового прецеденту в переважній більшості держав — членів ЄС. Це обумовлено спільністю історичних коренів обох систем: вони випливають із римського права і того правового порядку, який встановився згодом у Європі, а також аксіоми про належність складових частин до єдиного права, яке є загальноцивілізаційним надбанням. На розвиток прецедентного права у державах — членах ЄС, які представляють романо-германську правову систему, суттєво впливають європейські інтеграційні процеси. Практика судів ЄС, у першу чергу Суду Правосуддя Європейських Співтовариств, безпосередньо позначається на діяльності внутрішньо-державних судів¹.

Класичне розуміння правової природи рішень міжнародних судів лише як допоміжних засобів для встановлення правових норм, що склалося в науці з огляду на Статут Міжнародного Суду ООН, повинно бути переглянутим через важливість діяльності міжнародних судових установ для міжнародного права у зв'язку із суттєвою диверсифікацією та ускладненням міжнародних правовідносин, одним із головних напрямів якого є захист прав людини.

¹ Анакіна Т. Прецедентні рішення Суду Європейських Співтовариств у становленні правопорядку ЄС / Т. Анакіна // Підприємництво, госп-во і право. – 2008. – № 2. – С. 49–52.

У міжнародному праві спостерігається тенденція збереження судової наступності і становлення елементів міжнародного прецедентного права. На етапі формування перебуває принцип відносної сили попередньо винесеного рішення (переконливого прецеденту) міжнародного суду. Відсутність у загальному міжнародному праві вимоги дотримуватися попередніх рішень міжнародних судів не заважає деяким із них (зокрема, міжнародним кримінальним трибуналам) започатковувати практику врахування попередньо винесених ними судових рішень¹.

Слід зазначити, що результати діяльності судової влади з розгляду конкретних справ все більше визнаються джерелом права ЄС/Співтовариств. Такий висновок можна зробити з огляду на: 1) специфіку права ЄС/Співтовариств, зокрема особливості установчих договорів ЄС/Співтовариств, що впливають на формування прецедентного права судами ЄС; 2) особливе місце судів ЄС в інституційній системі; 3) значення рішень судів ЄС у правопорядку ЄС/Співтовариств.

Так, за допомогою прецеденту значно деталізуються і конкретизуються положення установчих договорів та норми права ЄС/Співтовариств; у прецедентах подаються єдині норми, стандарти, необхідні для ефективного функціонування Союзу в цілому; такі судові роз'яснення набувають нормативного характеру, обов'язкового для дотримання всіма суб'єктами права ЄС/Співтовариств; за допомогою прецеденту судових органів ЄС здійснюється значний регулювальний вплив у національних правопорядках держав-членів.

Хоча формально правило прецеденту в праві ЄС/Співтовариств не закріплено, при вивченні сучасного розвитку цього права можна дійти висновку, що прецеденти судових органів ЄС є важливим джерелом права. Незважаючи на те, що завдання судів ЄС формально обмежене тлумаченням і застосуванням кожного з інших джерел права, вони відіграють ключову роль у розширенні правопорядку ЄС/Співтовариств. Прецедент судових органів ЄС (передусім Суду Правосуддя) у праві ЄС виконує інтегруючу функцію — через нього формується і розвивається це право².

¹ Москаленко В. Специфіка прецедентного права Суду Європейського Співтовариства / В. Москаленко // *Акт. пробл. держ. упр.* – 2005. – № 3 (26). – Х., 2005. – С. 179–186.

² Анакіна Т. М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 – міжнародне право / Т. М. Анакіна ; Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. – Х., 2008.

Таким чином, завдяки судовим прецедентам і судовій практиці відбувається не тільки індивідуально-правове, а й нормативно-правове регулювання суспільних відносин. Завдання судової влади полягає у здатності вирішити правовий конфлікт і у разі відсутності відповідної норми закону надати захист тим правам людини, які не дістали позитивного закріплення, врегулювати правовідносини, які не зміг передбачити законодавець. Як наслідок, постає необхідність у створенні судом норм права — загальнообов'язкових правил поведінки, що використовуються при вирішенні всіх аналогічних справ та підтримуються державою.

Дашковская Е. Судебный прецедент и судебная практика как источники права

Статья посвящена анализу правовой природы судебного прецедента и судебной практики, их роли в правовом регулировании общественных отношений как в романо-германской, так и в англо-американской правовых системах.

Ключевые слова: судебный прецедент, судебная практика, судебное право творчество.

Dashkovska O. Legal precedent and judicial practice as sources of right

Article the by devoted the analysis of legal nature of legal precedent and judicial practice, their roles in the legal adjusting of public relations both in European countries and common-law legal systems.

Keywords: Legal precedent, judicial practice, judicial legislation.