

**МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ**

На правах рукопису

МАРЧЕНКО АРТЕМ АНАТОЛІЙОВИЧ

УДК 340.142

**СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ
(1991 – 2010 рр.)**

12.00.01 – теорія та історія держави і права;
історія політичних і правових учень

**Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата
юридичних наук**

Науковий керівник

Кузьминець Олександр Васильович,

доктор історичних наук, професор

Заслужений працівник народної освіти

України

Київ – 2015

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
 РОЗДІЛ 1 ІСТОРИОГРАФІЯ Й ДЖЕРЕЛЬНА БАЗА ДОСЛІДЖЕННЯ В КОНТЕКСТІ ОСНОВНИХ АСПЕКТІВ ПРАВОРОЗУМІННЯ ТА НАУКОВІ КОНЦЕПЦІЇ РОЗРОБКИ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА	
1.1. Історіографія та джерельна база дослідження в контексті основних аспектів праворозуміння, що обумовлюють роль судового прецеденту в системі джерел права.....	14
1.2. Наукові концепції розробки судового прецеденту як джерела права...	33
Висновки до розділу 1.....	46
 РОЗДІЛ 2 ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ	
2.1. Формування прецедентного права та судовий прецедент як форма існування права.....	49
2.2 Судовий прецедент поняття, зміст, види.....	69
2.3. Судовий прецедент і судова практика.....	87
Висновки до розділу 2.....	103
 РОЗДІЛ 3 СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У ПРАКТИЦІ УКРАЇНСЬКИХ ТА МІЖНАРОДНИХ СУДІВ	
3.1. Формування прецедентного права Конституційним судом України..	106
3.2. Судовий прецедент у судовій практиці вищих загальних та спеціалізованих судових органів України.....	124
3.3 Прецедентний характер рішень міжнародних юрисдикційних органів для України.....	149
Висновки до розділу 3.....	164
 ВИСНОВКИ.....	167
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	179
ДОДАТКИ.....	200

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Процес становлення правової системи в Україні після здобуття незалежності 24 серпня 1991 року обумовлюється реальними потребами розвитку суспільства, а також опирається на історичні традиції українського права. Геополітичне розташування України на європейському континенті та проголошений курс на інтеграцію до європейського співтовариства змушує нас пристосовуватися до сучасних європейських традицій правотворення. Вкрай нагальним у цьому процесі є необхідність здійснення судово-правової реформи та розвиток наукової основи для подальшого зміцнення незалежності судової влади. Важливим вбачається зростання ролі і становища суду, що зумовлює постановку багатьох пов'язаних з цим проблем. Вирішального значення набуває питання участі суддів у процесі формування права та руйнування радянських стереотипів про правотворчість лише законодавчих та виконавчих органів влади. Адже навіть у випадку, коли під час здійснення правосуддя шляхом прийняття актів судової влади заповнюються прогалини та вирішуються колізії у законодавстві чи надається тлумачення правових норм, – за судами визнається роль лише правозастосовного органу.

За даних обставин в Україні виникає проблема ефективності правового регулювання через систему загальноприйнятих джерел права. Зважаючи на це, доцільним і надзвичайно важливим є вивчення невідомих раніше українському праву часів СРСР інструментів правового регулювання, потенціал яких широко застосовується європейськими країнами починаючи з другої половини XX ст. Серед таких інструментів важливе місце займає судовий прецедент. Тому найактуальнішим у сучасних умовах розвитку правової системи України є дослідження судового прецеденту як форми юридичного впливу на суспільне життя, особливо в контексті прийняття 7 липня 2010 року Закону України «Про судоустрій та статус суддів», який хоча й закріпив обов'язковість постанов Верховного Суду України, ухвалених за наслідками неоднакового застосування

судами касаційної інстанції одних і тих самих норм закону відносно подібних суспільних відносин, однак не наділив вищі судові інстанції чіткими правотворчими повноваженнями, а його автори не визначили чіткого ставлення щодо судових правотворчих актів.

А саме всебічне дослідження судового прецеденту у правовій системі України протягом 1991 – 2010 рр. забезпечить можливість:

- в подальшому чіткої правової регламентації судового прецеденту;
- встановлення в Україні режиму законності та гарантій забезпечення його реалізації;
- визначення нових методів підвищення ефективності українського законодавства;
- удосконалення процедур відправлення правосуддя;
- створення незалежної судової влади, яка користується авторитетом у суспільстві.

З огляду на викладене, можна стверджувати, що існує істотна прогалина у вітчизняній історико-правовій науці стосовно місця та ролі судового прецеденту у правовій системі України в 1991 – 2010 рр. Тому вирішення зазначеного наукового завдання дозволяє заповнити цю прогалину та сприяє наповненню багажем знань важливої ділянки вітчизняної історико-правової науки. Крім того при вирішенні наукового завдання актуальність і практична значимість дисертаційного дослідження полягає також у можливості як подальшого вивчення судового прецеденту у правовій системі України інших історико-правових періодів, так і відтворення його тенденцій та загальних закономірностей, починаючи з доби Русі. Усе це й обумовлювало вибір теми дослідження.

Просторові межі наукового пошуку охоплюють територію незалежної України, що була проголошена 24 серпня 1991 року.

В обрані *хронологічні межі* потрапляє період функціонування судової системи незалежної України з 1991 року до 2010 року, тобто прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 7 липня 2010 року.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.

Дисертація виконана згідно з планом науково-дослідницьких робіт кафедри історії держави та права Національної академії внутрішніх справ і відповідає Концепції «Про заходи щодо вдосконалення нормотворчої діяльності органів виконавчої влади» (Указ Президента України від 09.02.1999), Пріоритетних напрямів дисертаційних досліджень МВС України, що потребують першочергового розроблення і впровадження у практичну діяльність органів внутрішніх справ на період 2010 – 2014 рр. (наказ МВС України від 29.07.2010 № 347). Тему схвалено Національною академією правових наук України (реєстраційний № 873, 2013).

Мета і задачі дослідження. Метою дисертаційного дослідження є проведення комплексного історико-правового дослідження місця та ролі судового прецеденту у правовій системі України в 1991 – 2010 рр. як джерела права, а також посилення ролі українських та міжнародних судових органів у формуванні українського права. Мета дослідження обумовлює його **задачі**, які можна сформулювати таким чином:

- з'ясувати рівень дослідження даної проблеми на основі уже наявних історично-правових праць, висвітлити історіографію проблеми;
- проаналізувати рівень наявної джерельної бази дослідження з даної проблеми;
- розглянути наукові концепції дослідження судового прецеденту як джерела права;
- дослідити генезу прецедентного права та судового прецеденту як форму існування права;
- сформулювати авторську дефініцію поняття судового прецеденту, дослідити його зміст та види;
- проаналізувати співвідношення понять «судовий прецедент» і «судова практика»;
- дослідити процес формування прецедентного права Конституційним Судом України;

- визначити місце судового прецеденту в судовій практиці вищих загальних та спеціалізованих судових органів;
- проаналізувати прецедентний характер рішень міжнародних юрисдикційних органів для України.

Об'єктом дисертаційного дослідження є правовідносини, що сформувалися в результаті використання судового прецеденту як соціально-правового явища в правовій системі України в конкретно визначений історичний період.

Предметом дисертаційного дослідження є найважливіші історико-правові аспекти функціонування судового прецеденту у правовій системі України в 1991 – 2010 рр.: особливості виникнення, поняття, ознаки, зміст та види прецедентного права, співвідношення та взаємодія судового прецеденту та судової практики, місце та роль судового прецеденту в практиці українських та міжнародних судів.

Методи дослідження. Дисертація виконана на основі поєднання філософських, загальнонаукових і спеціально-наукових методів пізнання державно-правових процесів. Серед них слід виокремити методи загальної філософської діалектики, аналізу та синтезу, проблемно-хронологічний метод, а також окремі наукові методи: системно-структурний, історичний, логічний, статистичний, історико-порівняльний, методи герменевтики, обробки джерельних матеріалів, узагальнення та систематизації фактів, відповідно до принципів об'єктивності та історизму.

Зокрема метод загальної філософської діалектики дав можливість розглянути судовий прецедент в його розвитку та взаємодії з іншими джерелами права, виявити причинну обумовленість його генези змінами у суспільно-політичному житті (підрозділ 1.1, 2.1). Метод аналізу та синтезу дозволив дослідити судовий прецедент у правовій системі України в його розвитку, а також проаналізувати його складові частини, виявивши, характерні риси та узагальнивши їх на основі принципу історизму (підрозділ 2.2, розділ 3).

Через призму застосування проблемно-хронологічного методу стало можливим акцентувати основну увагу на вивченні наукової проблеми. Хронологія застосована в межах самої проблеми дослідження, що дало можливість встановити причинно-наслідкові зв'язки проаналізованих суспільно-правових явищ (підрозділ 2.1, розділ 1, 3).

Системно-структурний метод застосовано при дослідженні та з'ясуванні структури судового прецеденту, при аналізі законодавчої бази, що була чинною (підрозділ 2.2, 2.3, 3.1, 3.2).

Історико-правовий метод використано при розгляді та оцінці місця і ролі судового прецеденту в процесі розвитку системи права досліджуваного періоду та вплив на нього рішень міжнародних юрисдикційних органів (підрозділ 1.1, 2.1, розділ 3).

Логічний метод дозволяє встановити характерні ознаки та зміст судового прецеденту, виявити закономірності, особливості та тенденції його розвитку, уточнити деякі тлумачення та дефініції (розділ 2, 3).

Статистичний метод застосовувався при обробці і аналізі матеріалів правових джерел, визначенні юридичної сили правових актів та правотворчої діяльності судових органів (підрозділ 3.1, 3.2, розділ 1).

Застосування історико-порівняльного методу зумовлювалося необхідністю здійснення всебічного аналізу судового прецеденту, визначення співвідношення судового прецеденту та судової практики, оцінки правового досвіду попередніх періодів з позицій сучасного стану розвитку України (підрозділ 1.1, 3.1, 3.2, розділ 2).

Метод герменевтики, який полягає в ідентичному тлумаченні, інтерпретації нормативно-правових актів, документів, а також правовідносин, дозволив критично, всебічно й об'єктивно проаналізувати історико-правовий матеріал, роз'яснити його зміст, оцінити правові наслідки від судового прецеденту в якості джерела права (підрозділ 2.1, 2.3, 3.1, 3.2).

У процесі наукового пошуку було використано метод обробки джерельних матеріалів, в результаті чого було досліджено широке коло

історичних джерел, аналіз яких дозволив авторів значною мірою доповнити сучасні знання про судовий прецедент (підрозділ 2.1, 2.2, розділ 1).

Метод узагальнення та систематизації фактів активно використовувався при підготовці висновків до кожного з підрозділів дослідження та при формуванні узагальнюючих висновків до дисертації (висновки до розділу 1, 2, 3, загальні висновки).

Теоретичною основою дисертаційного дослідження стали положення, які містяться в працях відомих українських та іноземних істориків та правознавців.

Зокрема, різним аспектам судової правотворчості присвятили свої роботи такі відомі правознавці, як С.С. Алексєєв, А.Я. Вишинський, С.А. Вільнянський, С.Л. Зівс, В.С. Нерсисянц, І.С. Тишкевич, М.Д. Шаргородський, Л.С. Явич. Значну увагу до фундаментального аналізу поняття судової практики та її ролі в радянській правовій системі приділяли С.М. Братусь, А.Б. Венгеров.

Сучасний науково-теоретичний аналіз судового прецеденту та можливостей його застосування на теренах пострадянських країн, провадили такі провідні правознавці, як І.Ю. Богдановська, Б.В. Малишев, М.М. Марченко, А.В. Наумов, Н.О. Подольська, С.В. Шевчук та ін. Найчастіше вищезазначені можливості також підтверджуються або заперечуються в роботах, в яких аналізується практика конституційних судів, зокрема, у працях таких відомих російських та українських теоретиків і практиків, як М.В. Вітрук, П.Б. Євграфов, О.Ф. Скакун О.Ф., М.В. Тесленко. Однак, комплексні історико-правові дослідження судового прецеденту, які б ґрунтувались на законодавстві України після здобуття незалежності, не проводилися.

Окрім вищезгаданих авторів науково-теоретичну основу дослідження складали також праці дореволюційних істориків та правників: М.П. Василенка, А.Д. Градовського, Г.В. Демченка, С.Є. Десницького, С.С. Дністрянського, Б.О. Кістяківського, М.А. Муромцева, Л.І. Петражицького, Є.М. Трубецького, І.Я. Фойніцького, Г.Ф. Шершеневича; правників радянського періоду: М.Г. Авдюкова, Л.Б. Алексєєва, С.С. Алексєєва, А.М. Безина, С.М. Братуся,

А.Б. Венгерова, С.І. Вільнянського, М.М. Вопленко, В.В. Лазарева; сучасних українських та російських істориків й правників В.Є. Беляневича, П.А. Гука, Л.Л. Дешко, С.К. Загайнової, Л.А. Луць, Б.В. Малишева, М.М. Марченка, Н.М. Пархоменко, О.Ф. Скакун, Д.Ю. Хорошковської, С.В. Шевчука, а також іноземних правознавців – Р. Алексі, Ж.-Л. Бержеля, Г. Бермана, Р. Давида, С. Дженіс, Дж. Доусона, К. Жофре-Спінози, Р. Кей, Р. Кроса, Ж. Спінози Ф. Шрьодера.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертантом одним із перших в українській історико-правовій науці зроблено спробу, використовуючи нормативно-правові акти, рішення та висновки українських та міжнародних судів, публікації в офіційній пресі, монографічні розвідки, комплексно проаналізувати генезис поняття, правову природу судового прецеденту та процес формування прецедентного права українськими та міжнародними судами. За результатами наукової роботи сформульовано й обґрунтовано низку нових теоретичних положень і висновків, що виносяться на захист, зокрема:

вперше:

- доведено факт наявності достатніх історичних, соціальних, правових передумов та причин визнання судового прецеденту джерелом (формою) права України. При цьому зазначено, що досвід використання судового прецеденту як джерела (форми) права в правових системах держав, віднесених до різних правових сімей, може бути корисним для побудови більш досконалої правової системи та законодавства України;

- комплексно без ідеологічних нашарувань проаналізовано прецедентність актів судової влади як у Київській Русі та Україні-Гетьманщині, так й у Російській імперії та СРСР, що були пов'язані як з нормами права Руської Правди і «Прав за якими судиться малоросійський народ», так із здійсненням касаційної функції Урядовим Сенатом, а згодом – із визнанням за Верховними Суди у радянський період права на видання обов'язкових керівних роз'яснень з питань правозастосування (постанови Пленуму).

- доведено, що рішення Конституційного Суду України в силу своєї специфічної правової природи і значущості безумовно входять у систему джерел права України, що свідчить про прецедентний характер рішень Конституційного Суду України;

- встановлено, що судова практика Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України відіграє значну роль у системі джерел права України. А правоположення як специфічні результати судової практики Верховного Суду містяться в постановах Верховного Суду України і безпосередньо в рішеннях вищих спеціалізованих судів з конкретних справ, а також постановах їх пленуму;

удосконалено:

- поняття судового прецеденту як форми існування права, що обумовлює його роль в системі джерел права у межах тих чи інших правових систем. Відстежено об'єктивні тенденції щодо зближення правових систем англо-американського та романо-германського права. У цьому процесі Україна йде аналогічним шляхом, враховуючи проголошення себе правовою, соціальною державою та відкидаючи нормативізм як єдину догму юридичної науки.

- використання сучасних концепцій та методик для дослідження місця та ролі судового прецеденту в системі джерел права сучасної України як правового феномену та юридичного явища крізь призму використання традиційних загально-наукових методів дослідження та спеціально-наукових методів для утвердження судового прецеденту серед інших джерел права в масштабах правової системи;

- авторську дефініцію судового прецеденту як джерела права та визначено судовий прецедент як формально визначене правило поведінки, яке міститься у рішенні суду найвищої або вищої судової інстанції, створене у процесі розгляду останніми конкретної справи або шляхом узагальнення судової практики, спрямоване на усунення прогалин законодавства та/або вироблення найефективнішої реалізації правових приписів та має

загальнообов'язковий характер при вирішенні судами аналогічних справ, а також для правозастосування іншими суб'єктами;

- аналіз основних характеристик судового прецеденту як джерела міжнародного права. Підкреслено, що навіть в умовах відсутності нормативного закріплення обов'язковості на міжнародному рівні судовий прецедент діє фактично й впливає на діяльність як самих міжнародних юрисдикційних органів, так і на суб'єктів міжнародного права. При цьому рішення міжнародних юрисдикційних органів мають обов'язкову силу для українських судів та інших правозастосовувачів у контексті тлумачення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також Протоколів до неї;

дістало подальшого розвитку:

- дослідження еволюційного процесу становлення судового прецеденту в якості джерела права. Зазначено, що судовий прецедент відіграв ключову роль у розвитку та формуванні системи «загального права», зайнявши місце основного джерела права. При цьому визнано помилкою пов'язувати судовий прецедент лише зі становленням системи загального права у країнах англо-американської правової сім'ї, оскільки в силу людської природи прагнення суддів та державних діячів слідувати практиці своїх попередників або покладатися на власні раніше прийняті рішення простежується впродовж всієї історії людства та практично в усіх правових системах;

- дискусія про визнання судової практики джерелом права та її ролі у процесі конкретизації законів при застосуванні норм права;

- характеристика підстав визнання прецедентного характеру за нормами матеріального права, зокрема за наявності таких умов: остаточність; доступність (його опублікування в офіційних джерелах); наявність аналогічних обставин та фактів справи; наявність посилання на попередню правову позицію (правоположення) у наступному рішенні; прийняття цього рішення вищим судом; прийняття цього рішення у межах відповідної процедури тощо;

– дослідження співвідношення понять «судового прецеденту» та «судової практики» в контексті правової системи України. У результаті виявлено, що судовий прецедент є різновидом правоположень, вироблених у результаті судової практики, яка спрямована на подолання прогалин у законодавчому регулюванні. Співвідношення двох понять «судова практика» та «судовий прецедент» слід розглядати як співвідношення загального та конкретного.

Практичне значення одержаних результатів. Положення, висновки та пропозиції, викладені в дисертаційному дослідженні, становлять певний внесок у розвиток історії держави та права України, теорії держави та права, конституційного права України. Результати дослідження використовуються та можуть бути використані в:

– навчальному процесі Національної академії внутрішніх справ під час проведення лекційних, семінарських, практичних занять із слухачами та курсантами при вивченні дисциплін «Історія держави і права України», «Історія держави і права зарубіжних країн» (акт впровадження результатів дисертаційного дослідження в навчальний процес НАВС від 19 березня 2015 року) [Додаток А];

– практичній діяльності – в роботі Київського апеляційного адміністративного суду (довідка про впровадження результатів дисертаційного дослідження від 08 червня 2015 року) [Додаток Б].

Апробація результатів дисертації. Основні положення та результати дисертаційного дослідження оприлюднено на V Всеукраїнській науково-теоретичній конференції «Правові реформи в Україні: проблеми та перспективи» (м. Київ, 16 жовтня 2013 року), IX Всеукраїнській науково-практичній конференції з проблем розвитку та функціонування державної мови, присвяченої Дню української писемності та мови «Українська мова в юриспруденції: стан, проблеми, перспективи» (м. Київ, 22 листопада 2013 року), IV Всеукраїнській науково-практичній конференції «Проблемні

питання стану дотримання захисту прав людини в Україні» (м. Київ, 7 грудня 2013 року)

Публікації. Основні теоретичні положення та наукові висновки дисертації відображено у восьми одноосібних публікаціях, серед яких чотири наукових статі у фахових виданнях, затверджених ДАК України; одна стаття в науковому фаховому виданні Російської Федерації; три тези доповідей у збірниках матеріалів наукових конференцій.

РОЗДІЛ 1 ІСТОРІОГРАФІЯ Й ДЖЕРЕЛЬНА БАЗА ДОСЛІДЖЕННЯ В КОНТЕКСТІ ОСНОВНИХ АСПЕКТІВ ПРАВОРОЗУМІННЯ ТА НАУКОВІ КОНЦЕПЦІЇ РОЗРОБКИ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА

1.1. Історіографія та джерельна база дослідження в контексті основних аспектів праворозуміння, що обумовлюють роль судового прецеденту в системі джерел права

Після здобуття Україною незалежності національна юриспруденція переживала складні часи, оскільки фактично знаходилася в перехідному періоді. Скинувши з себе шати марксизму-ленінізму, вона постала перед найскладнішим питанням як для науки, так і для суспільства – проблемою вибору – куди рухатись, як рухатись і на основі чого рухатись. Якщо на перші два питання можна знайти ще якесь порозуміння серед науковців, то останнє викликає найбільші дискусії, оскільки зачіпає основи самої юриспруденції.

Стан національної юриспруденції – це класична ілюстрація теорії наукових революцій Т. Куна, яка виражає діалектику переходу кількісних змін у якісні в процесі пізнання. Як стверджував вчений, цикл «нормальної» науки функціонує в межах тієї чи іншої парадигми, що є загальноприйнятою в науковому суспільстві. Однак, будь-яка нормальна наука незмінно приходить до кризи, коли накопичується велика кількість аномалій, не вирішених в межах даної парадигми. Криза може закінчитися модифікацією парадигми, тобто фактично її адаптацією до нової ситуації, а може закінчитися науковою революцією, що викликає зміну парадигми [93, с. 44].

Дійсно, основоположні поняття юриспруденції, які раніше здавались безперечними, на сьогодні потребують переосмислення, зокрема через призми демократії та європейських цивілізованих правових традицій. Це стосується, насамперед, того комплексу проблем, який назрів навколо самого поняття

права, його природи і сутності, оскільки воно є тією визначальною парадигмою, в межах якої розвивається юридична наука.

Безумовно, що будь-яке юридичне дослідження в праві буде неповним або навіть неспроможним без з'ясування безпосередньо поняття права, хоча б самим автором такого дослідження особисто для себе. Адже абсолютно всі юридичні явища через призми різних шкіл і наукових підходів до поняття права виглядають абсолютно по-різному. Це стосується й визначення ролі судового прецеденту в системі джерел права. Праворозуміння і судовий прецедент знаходяться у системному взаємозв'язку. Кожна наукова течія, підтримуючи те чи інше розуміння права, не обходила своєю увагою і визначення поняття, ролі та місця в правовій системі судового прецеденту.

Говорячи про кризу у вітчизняній юриспруденції, ми маємо на увазі, насамперед, очевидність неспроможності в сучасних умовах суспільного життя виключно нормативної теорії права, яка панувала на теренах нашої країни довгий час як єдина догма радянської правосвідомості. Як квінтесенцію радянського нормативного підходу до розуміння права можна навести таку відому цитату професора А.Я. Вишинського, яка була сформульована ним в 30-тих роках минулого століття: «Право – це сукупність правил поведінки, які виражають волю пануючого класу, встановлені в законодавчому порядку, а також звичаїв і правил соціалістичного співжиття, що санкціоновані державною владою, застосування яких забезпечується примусовою силою держави з метою охорони, закріплення і розвитку суспільних відносин і порядків, вигідних і угодних пануючому класу» [34, с. 37].

Безумовно, нормативна теорія права має своє коріння в юридичному позитивізмі, який свого часу був популярний і широко поширений в країнах романо-германської правової сім'ї. Справа в тому, що у XIX ст. майже в усіх країнах континентальної Європи відбулася масова кодифікація, були прийняті писані Конституції. В результаті, всупереч первинній благородній меті кодифікації – зробити право, вироблене університетами протягом століть, реальним діючим правом, «виникло враження, що віднині право і закон

збігаються, і що університетам залишається лише тлумачити нові кодекси» [88, с. 30]. Класичний позитивізм знайшов своє відображення в працях про право К. Бергбома, Г. Кельзена та ін. На їхню думку, не дивлячись на те, яким шляхом виникло позитивне право: чи шляхом законотворчої діяльності уповноваженого державного органу, чи шляхом формування його як сукупності судових рішень, у всіх випадках право розглядається як наказ суверена. Право – формальне загальнообов'язкове правило поведінки, дотримання якого забезпечується примусовою силою держави. Воля законодавця священна і непорушна, а компетенція суду повинна обмежуватися логічним тлумаченням волі законодавства.

Однак з приходом демократії в кінці минулого століття до нашої країни вітчизняна юридична наука поступово стала відмовлятися від абсолютної нормативної позиції, так власне і Європа ще на початку минулого століття через нездатність юридичного позитивізму пояснити всю багатоманітність правового життя суспільства почала пошук нових концепцій. Досліджуючи різноманітні напрями теорії права (насамперед соціологічні напрями юридичної думки), які визнавали право суду на правотворчість, знаходимо багато робіт, які намагались переосмислити існуюче на той час (кінець XIX – початок XX ст.) догматичне твердження, що основне завдання суду при застосуванні закону – встановити дійсну волю законодавця та знайти ту норму права, яка повинна бути застосована в даному випадку по волі законодавця з огляду на фактичний склад справи.

В свою чергу рефлексивні процеси в юридичній науці відбувалися і в Російській імперії, в складі якої на той час перебувала більша частина українських земель. Взагалі основи юридичних наук були закладені першими університетами, а отже історія правознавства, в тому числі національного, нерозривно пов'язана з історією розвитку університетів Петербургу, Москви з початку XVIII ст., а потім і Києва, Харкова, Казані. Особливо активно стали обговорюватися питання, тісно пов'язані з кодифікаційним рухом позаминулого століття. І перед усім: у якому відношенні знаходиться право,

закріплене у вигляді правових норм, щодо права «живого», яке формується в ході процесуальної діяльності; як закон охоплює і спрямовує діяльність судді; в чому полягає підзаконність судової влади і яке значення повинна мати творча діяльність суду та вільний суддівський розсуд. «Треба дивитись на те право, яке живе в народі і виражається в його поведінці, в його вчинках, в його угодах, а не те право, яке встановлено в параграфах кодексів» [78, с. 160 – 161]. Останній вислів належить перу визначного науковця Б.О. Кістяківського. Він також наголошував, що в контексті європейської правової традиції закон не є єдиним джерелом права, поряд з ним існують інші важливі джерела – звичай, судовий прецедент, правова доктрина – і закон має сенс лише в єдності з ними [77, с. 143 – 149].

Серед дореволюційних правників, які спробували виокремити певні джерела права, розмежувати джерела позитивного й природного права та визначити зміст судової правотворчості, розглядаючи її в історико-правовому й галузевому аспектах, варто відзначити, насамперед, М.П. Василенка [26], А.Г. Горина [38], А.Д. Градовського [39], Г.В. Демченка [44], С.Є. Десницького [69], С.С. Дністрянського [48], Б.О. Кістяківського [77, 78], М.А. Муромцева [126], Л.І. Петражицького [140], Є.М. Трубецького [188], І.Я. Фойніцького [193], Г.Ф. Шершеневича [208] та інших.

Особливу увагу серед досліджень того часу привертає увагу книга Г.В. Демченка «Судовий прецедент». У ній автор проводить ретельний аналіз усіх існуючих на той час думок з приводу судової практики і судового прецеденту. Виражаючи погляд тих авторів, які вважали можливим наділення суду правотворчою функцією, дослідник підтримував думку про включення судового прецеденту до джерел права Російської імперії. При цьому він розділяв вчених відповідно до відповідей, які вони давали на питання щодо можливості включення судового прецеденту в систему джерел права Російської імперії, на дві основні групи:

– «перші схиляються перед принципом розподілу влад і священну силу закону ставлять на п'єдестал для, так би мовити, релігійного служіння цьому чудовому началу соціального порядку» [44, с. 89];

– інші, навпаки, вимагають розширення суддівської свободи і наділення судів прерогативами законодавчої влади.

До першої групи можна віднести А.Д. Градовського та І.Я. Фойніцького. У своїх наукових працях вони піддали можливість визнання за судовою практикою значення самостійного джерела права ретельному аналізу і критиці [39, 177]. На думку першого, спосіб вирішення справи, прийнятий у цьому конкретному випадку, не зобов'язує інший суд (чи той же самий суд) дотримуватися того ж способу в іншій подібній справі. Надати обов'язкову юридичну силу судовому прецеденту означало би зв'язати свободу рішення судді, яка йому необхідна з огляду на індивідуальне різноманіття окремих випадків. І.Я. Фойніцький підкреслював, що наміри надати судовим роз'ясненням законів загальнообов'язкове для всіх судових установ значення глибоко суперечить природі та завданням судової практики. З питаннями права судова практика зустрічається не в їхній загальній постановці, а в конкретній індивідуальній ситуації. В іншій справі те ж саме питання може постати перед судом у зовсім іншому вигляді в контексті інших обставин. На думку останнього, навіть Сенатські тлумачення закону, хоча вони і виражені в формі циркулярних роз'яснень чи розпоряджень з конкретних справ, мають лише значення програми, якої Сенат притримується і має наміри притримуватися в своїй практиці надалі.

На наш погляд, з таким підходом важко погодитися хоча б з огляду на фактичний стан тогочасного законодавства Російської імперії. Згідно зі статтею 815 Статуту цивільного судочинства Російської імперії судові прецеденти касаційного Сенату набували силу зобов'язань не тільки для даної конкретної справи, але і для всіх подібних. Саме тому рішення Сенату публікувались для загального відома [38, с. 19].

У працях вчених, яких за вищезазначеною класифікацією визначного правознавця можна віднести до другої групи (наприклад такі теоретики права як Є.Н Трубецькой, С.А. Муромцев та інші), безперечно знаходить відгук школа «живого права». Ця концепція знайшла чимало прихильників у Російській імперії, які одностайно стверджували, що судова практика, безумовно, є самостійним джерелом права, судді, як виразники суспільної волі, як ніхто інший мають право на судову правотворчість.

Відомий правознавець С.Є. Десницький ще в середині XVIII ст. стверджував: «справи вони повинні судити по правах ... якщо прав не буде вистачати, по справедливості та істині, ... тому що всіх подій у жодній державі неможливо обмежити і передбачити, для цього необхідність вимагає в таких непередбачених випадках дозволити суддям вирішувати і судити справи по совісті і справедливості» [69, с. 36].

Професор Є.М. Трубецькой також визнавав самостійне значення судового прецеденту як джерела права і посилався на видання Судових Статутів імператора Олександра II. В них вперше приписувалось суду не зупиняти прийняття рішення через незрозумілість чи суперечливість існуючих законів, а вирішувати непередбачувані законом випадки на основі загального розуміння всього законодавства [188, с. 132].

Відомий вчений С.А. Муромцев до визначення місця судового прецеденту в системі джерел права виходив саме з точки зору свободи, що надається судді: «Законодавча функція ніколи не була і не може бути відокремлена від влади судової, і «тлумачення» або «застосування» закону завжди містить у собі явне чи приховане перетворення його ... Стоячи обличчям до закону недосконалого ... суддя повинен покладатися негайно на свої власні сили і серйозно приступати до регламентації цивільно-правового порядку, не очікуючи поки законодавець доповнить допущенні ним прогалини» [126, с. 391 – 393]. Таким чином він повністю виступав за розширення меж суддівського розсуду і встав на захист поглядів школи «живого права».

Неординарна позиція з цього приводу була висловлена психологічною школою права. Для того, щоб стати формальним, пізнаним, право повинно, насамперед, зародитися і отримати розвиток у психіці людини. Стосовно судового прецеденту професор Л.І. Петражицький стверджував: «судовий прецедент відомого змісту не тільки не є правом, але і не доводить сам по собі існування і дії особливого роду позитивного права ... Але, з іншої точки зору, безсумнівний той факт, що судовий прецедент іноді отримує в психіці людей значення нормативного факту, тобто з'являються правові переживання, приписуються правові обов'язки і права, з посиланням на те, що таким є судовий прецедент, що саме так завжди вирішувались належні питання судами чи певним, наприклад, вищим судом... Усі ці явища, тобто правові, імперативно-атрибутивні переживання з посиланням на практику тих чи інших судів як факт, можна і слід визнати особливим видом позитивного права під іменем права судового прецеденту» [140, с. 453 – 454].

Отже, для психологічної школи судовий прецедент виступив в якості одного з джерел позитивного права, що сприймалось як певна сукупність особливих переживань людини. До речі, схожих позицій притримуються і представники екзистенціонального напрямку правової науки. Саме шляхом зіткнення різноманітних внутрішніх (суб'єктивних) світів людей у процесі реального (об'єктивного) життя і відбувається формування права і набуття ним свого змісту як вираження істинної свободи душі людини. І судовий прецедент тут є відображенням права, спробою виразити його зовні: «Основною функцією суду повинно бути не встановлення винуватості чи невинуватості обвинуваченого, а загальне обговорення справи в усіх деталях, при чому не тільки з юридичної, але і з психологічної, і загальнолюдської точок зору... Суд при цьому керується юридичними нормами, тільки якщо вони «доречні» в цьому випадку» [54, с. 15].

Заслуговує на увагу позиція українського дореволюційного вченого С.С. Дністрянського, який у своїй праці «Соціальне поняття права» доходить висновку про необхідність визнання судової правотворчості при заповненні

прогалин у законах, позаяк суддя не завжди «... може знайти відповіді на всі правові питання в законах та має не раз оглядатися за нормами, яких в законі немає» [48, с. 233]. Це пов'язано з ситуацією, яка існує завжди, та, на думку професора В. Селіванова, полягає у тому, що «при всій своїй можливій техніко-юридичній досконалості закон не може охоплювати всі різноманітні життєві ситуації» [170, с. 14].

З настанням радянського періоду в національній історії юридична наука була абсолютним прихильником нормативної позиції до праворозуміння. З точки зору нормативного підходу, що є продовженням позитивістської позиції, право розуміється як сукупність загальнообов'язкових норм, що встановлені чи санкціоновані державою. Нормативний підхід ґрунтується насамперед на ототожненні права з законом (законодавством). Основним елементом всієї правової дійсності виступає виражене законом правило – норма (звідти власне і походить назва цього наукового напрямку), в якій міститься воля держави (пануючого класу).¹

Традиційно в радянській доктрині під джерелами права взагалі розумілися закон, звичай, судовий прецедент, при чому «для соціалістичного права характерно те, що саме нормативно-правові акти є його основними формами. Ніякі інші форми права (правовий звичай, судовий та адміністративний прецедент) не можуть у такому ступені відповідати вимогам соціалістичного суспільства, як нормативні акти» [135, с. 379].

У радянській теорії права впродовж багатьох років прецедент як джерело права заперечували (А.Т. Боннер [23], С.Л. Зівс [68], В.М. Синюков [171]), хоча й були спроби теоретично обґрунтувати доцільність створення й застосування судової практики вищими судовими органами – М.Г. Авдюков [1], Л.Б. Алексєєва [2], С.С. Алексєєв [4, 5, 6], А.М. Безина [9, 10], С.М. Братусь [178], А.Б. Венгеров [29], С.І. Вільнянський [31-33], М.М. Вопленко [35], В.В. Лазарєв [97 – 99] та ін.

¹ До речі, не варто помилково обмежувати сутність нормативної позиції праворозуміння до об'єктивної ознаки права – його нормативності, адже «право як би ми його не розуміли, в яких би термінах не визначали завжди і незмінно нормативне».

Так, радянський правознавець В.М. Синюков зазначав, що «правовій системі соціалізму в якості юридичного джерела права притаманний, в основному, тільки нормативно-правовий акт як воля загального характеру про належну (чи можливу) поведінку. Решта суб'єктів – громадяни і «ті, хто застосовують право» – лише дотримуються, виконують, використовують чи застосовують раніше встановлену абстрактну норму» [171, с. 395].

Поступово в теорії права була обґрунтована конструкція широкого розуміння законодавства, згідно з якою останнє включало не тільки акти безпосередньо законодавчих органів, а й акти органів управління. Відповідно до радянської доктрини закону, підзаконні нормативні акти приймалися для виконання законів і відігравали значну роль у регулюванні суспільних відносин. На практиці, попри принцип законності, вони часто спотворювали і ускладнювали реалізацію положень закону. Суд же, в свою чергу, в силу своєї певної незалежності був значно менш зручним органом влади в тоталітарній державі, й відповідно до складу правотворців не ввійшов.

Визнання судового прецеденту як самостійного джерела позитивного права тлумачилось як замах на принципи соціалістичної законності і соціалістичної демократії. Висловлювання радянських правознавців на адресу судового прецеденту були більш ніж категоричними. Наприклад, «неприпустимою формою для соціалістичного права є судовий прецедент, оскільки при режимі соціалістичної законності судові та адміністративні організації повинні застосовувати право, але не вторити йому» [135, с. 39]. У фундаментальній праці С.Л. Зівса «Джерела права» велике місце надано критиці поглядів радянських вчених, які пропонували надати певним рішенням судових органів статус офіційних джерел права поруч з законом [68, с. 178 – 185]. І хоча автор не може ігнорувати обов'язкову силу керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду СРСР та їх значний вплив на судовий прецедент, оскільки останні два факти очевидні, він послідовний у своєму переконанні щодо неприпустимості існування судового прецеденту як формального джерела права на теренах радянської держави. Дослідник вважає, що віднесення

судового прецеденту до формальних джерел радянського права суперечить принципу верховенства закону і підзаконності судової діяльності, а збільшення ролі судової правотворчості органічно пов'язане зі зменшенням значення норми закону [68, с. 190 – 191].

Отже, погодимося з думкою відомого французького теоретика права Жан-Луї Бержеля, що у соціалістичних правових системах, де з вчення про всемогутність держави виводилось правило абсолютного суверенітету закону і повного підпорядкування йому судового прецеденту, сформувалась справжня диктаторська правова система [14, с. 116 – 117].

Хоча, в перші роки становлення радянської держави судовій практиці відводилася значно більша роль порівняно з подальшим розвитком радянської правової системи. На початку свого існування, а саме в період політики воєнного комунізму, поширена була утопічна позиція побудування комунізму одразу, минаючи стадію соціалістичної держави. Право мало бути підмінене поняттям «революційної правосвідомості». На тлі ліквідованої старої судової системи повинна була функціонувати нова, судді якої, ігноруючи формальні процедури, виносили б рішення відповідно до революційної совісті та правосвідомості в інтересах робочих і селян. Це б відкрило неймовірні можливості для суддівської правотворчості.

Насправді, всю багатоманітність суспільних відносин, що на той час вимагали правового регулювання, не могла охопити та невелика низка законів, які самі в свою чергу вимагали тлумачення. Наповнення новим змістом старих законодавчих настанов відбувалося саме в судових інстанціях. Аналіз судової практики свідчить, що елементи суддівської правотворчості зустрічались у багатьох галузях права. Зокрема, «основним джерелом виникнення державної власності в перший післяжовтневий період стає націоналізація, проведення якої в кожному конкретному випадку часто регламентувалося нормами, що вироблені судовою практикою ... при цьому правоположення, створені судовими інстанціями в перший післяреволюційний період, «передвіщали» не тільки окремий закон, але і певний напрям нормополітики держави в тій чи

іншій галузі» [133, с. 90]. У перші післяреволюційні роки нормотворче значення судова практика мала майже в усіх галузях права: і цивільного [202, с. 29 – 30], і кримінального [40, с. 87 – 90], і сімейного [133, с. 94 – 95].

Зокрема, актуальними і на сьогодні можна визнати дослідження Л.С. Явича. В його фундаментальній праці «Загальна теорія права» наскрізною проходить думка про те, що судова правотворчість не є порушенням принципу соціалістичної законності. В контексті прогалин у праві і шляхів їх подолання він зауважував, що будь-яка формальна система заздалегідь встановлених масштабів поведінки має певну недостатність. Включити всю багатоманітність суспільного життя, його індивідуальні сторони в типові рамки складно, а з врахуванням динамічності суспільних процесів, так і просто неможливо. Завжди якісь риси, прояви, сторони суспільних відносин будуть знаходитися поза нормативним полем. І одним з найважливіших каналів інформації та адекватного реагування між державою і суспільством у сфері правового регулювання є поповнення прогалин у праві, яке так чи інакше пов'язується з судовою практикою. І саме в інтересах законності варто офіційно встановити межі, умови і порядок таких поповнень і, відповідно, надати статус джерела права актам певних судових органів, ніж мовчазно на це погоджуватися [217, с. 140 – 149].

Після проголошення України правовою та соціальною державою, в силу великих змін у суспільному, політичному, правовому та економічному житті, настали необхідні передумови для закріплення вагової ролі суду та судової практики у правовій системі України.

Насамперед змінилося саме праворозуміння. На зміну нормативізму прийшов плюралізм правових шкіл, і сучасне праворозуміння – це широке праворозуміння. Для поняття права зараз не так актуальна форма (закон, акт органу управління і т.п.), як внутрішній його зміст, який включає в себе елементи свободи, гуманізму, рівності і справедливості. Переосмислення поняття права в свою чергу неухильно приводить нас до зміни ролі і значення судової влади, а отже і до ролі судової практики та її результатів у правовій

системі. «Незалежно від того чи визнаються, чи не визнаються за судовою практикою, в тому числі за постановами Пленуму Верховного Суду України, властивості джерела права, фактично вони такими є і мають велике значення для вітчизняної правової системи», – стверджує Д.І. Луспеник [105, с. 11].

Сучасні концепції судової правотворчості обґрунтовує і виправдовує ціла плеяда таких українських та російських вчених, як: В.Є. Беляневич [12 – 13], П.А. Гук [42], Л.Л. Дешко [45], С.К. Загайнова [67], Л.А. Луць [106], Б.В. Малишев [108 – 109], М.М. Марченко [117 – 121], Н.М. Пархоменко [138 – 139], О.Ф. Скакун [173 – 174], Д.Ю. Хорошковська [195], С.В. Шевчук [209 – 213] та ін.

Проаналізувавши сучасну вітчизняну та зарубіжну наукову літературу щодо дослідження судового прецеденту в якості джерела (форми) права, свідчить про спроби окремих науковців підійти до даного джерела з точки зору широкого праворозуміння.

Вплив цих чинників вже помітний у досліджуваний період. Так, суддя Конституційного Суду України Д. Лилак виступав за визнання судової правотворчості, на заваді цьому, на його думку, стояли «позитивістські настрої, що переважають в юриспруденції України», та те, що судді поставлені у жорстку залежність від закону [103, с. 68]. Він також правильно зауважував, що це може бути подолано завдяки застосуванню суддями України принципу верховенства права, який може бути використаний для «вільної суддівської правотворчості» [103, с. 65]. Отже, прецедентний характер актів судової влади визнавався соціологічною школою права, оскільки через акти правозастосування право ставало більш гнучким та прилаштованим до вимог життя.

Дуже актуальним у незалежній Україні стало положення про те, що регулюючі можливості закону обмежені. Тут доречно згадати російську вчену Л.М. Завадську, яка у своїй праці «Концепція закону: заперечення запереченого» справедливо звертає увагу на те, що «законодавець, наївно вважаючи, що скориставшись законом, він зможе змінити суспільні відносини,

частіш за все завдаючи їм великої шкоди. Безмежне втручання законодавчої влади в суспільні відносини є використанням, по суті, адміністративних методів і призводить зрештою до негативного ефекту: порушення процесу самоорганізації, саморегулювання суспільних відносин, їх автономного розвитку» [56, с. 35].

Однак неможливо провести повноцінне дослідження з даної тематики без аналізу нормативно-правових актів, що регламентують здійснення судочинства українськими судовими органами, серед них зокрема такі: Господарський процесуальний кодекс України [36], Закон України «Про судоустрій України» [63], Закон УРСР «Про арбітражні суди» [64], Закон України «Про Конституційний Суд України» [61] Закон УРСР «Про судоустрій» [65, 66], Кодекс адміністративного судочинства України [79], Конституція СРСР [85], Конституція України [89], Кримінально-процесуальний кодекс України [91], Кримінальний кодекс України [179], Цивільний процесуальний кодекс України [199], Цивільний кодекс України [200]; та нормативно-правові акти, що визначають юрисдикцію міжнародних судових органів на території України, зокрема такі як: Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» [60], Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» [62].

При аналізі зазначених нормативно-правових актів на стадії їх розробки, прийняття чи нормативно-правового регулювання сучасними науковцями допускається нормативне закріплення судової правотворчості.

Так, професор О.М. Довгерт у контексті обговорення проблем співвідношення нових Цивільного та Господарського кодексів України висловив думку про необхідність законодавчого закріплення судового прецеденту в якості джерела права [219, с. 13].

Аналогічних позицій дотримувалися й автори Кодексу адміністративного судочинства України, що набрав чинності 1 вересня 2005 року, де у частині 4 статті 8 прямо забороняється відмова в розгляді та вирішенні адміністративної

справи з мотивів неповноти, неясності, суперечливості чи відсутності законодавства, яке регулює спірні питання [79, с. 9]. Тобто українські судді, виходячи з позицій школи «вільного права», прямо уповноважуються законом на заповнення прогалин шляхом прийняття судового рішення. Подібні положення містяться у частині 8 статті 8 Цивільного процесуального та у частині 6 статті 4 Господарського процесуального кодексів України.

Те, що у сучасних кодексах визнається наявність прогалин, при заповненні яких судді діятимуть як законодавці, є, безумовно, заслугою школи «вільного права». Не став винятком і Цивільний кодекс України, що набув чинності 1 січня 2004 року. У частині 2 статті 8 Кодексу, що присвячена регулюванню цивільних відносин по аналогії закону та права, зазначено, що у разі неможливості використати аналогію закону для врегулювання цивільних відносин, вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права) [200, с. 5]. Стаття 3 цього Кодексу містить перелік цих загальних засад, а саме: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свобода договору; свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність [200, с. 3 – 4]. Очевидно, що саме ці положення уповноважують суддю на «творчу» діяльність щодо заповнення прогалин, що є, по суті, судовою правотворчістю за визначенням представників школи «вільного права». Крім того, на прецедентний характер актів судової влади безпосередньо впливають інші оціночні положення, які містяться не тільки у Цивільному кодексі, а й в інших кодексах та актах законодавства.

Так, наприклад, український вчений М. Хавронюк – автор «Судово-практичного коментаря до Кримінального кодексу» нараховує сотні норм, котрі містять оціночні ознаки у Кримінальному кодексі України, як, наприклад, «активна участь», «безпорадний стан», «жорстоке поводження», «забруднення», «розголошення», «старий», «фіктивність» тощо [179, с. 16 – 19].

Тому він робить висновок, що навряд чи всі підсудні, потерпілі, прокурори, адвокати та інші учасники процесу дійдуть спільної думки щодо змісту того чи іншого рішення судових палат Верховного Суду України [162, 190, 191], Конституційного Суду України [84 – 86, 192], практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України [137, 158, 167], постанови Пленуму Верховного Суду України [153, 154], рішення Європейського Суду з прав людини [52]. Зазначені правозастосовні акти іншої оціночної ознаки, тому остаточно визначити цей зміст повинен Верховний Суд України [190, с. 19].

Проте дослідження судового прецеденту у правовій системі України неможливе без розгляду судової практики українських та міжнародних судових органів, серед них нами проаналізовані зокрема такі: свідчать про прецедентний характер рішень українських й міжнародних судових органів та розвиток доктринальних уявлень про судовий прецедент у вітчизняній юриспунденції.

Аналогічні напрями доктринального розвитку отримала і російська юридична наука, як зазначав професор В.М. Матузов: «як форма (джерело) права юридичний прецедент отримав найбільшого поширення в системі загального права Англії, США, Канади, Австралії, де він має силу законодавчого акта. Однак його елементи наявні і в російській правовій системі, що пов'язано перш за все з діяльністю Конституційного, Верховного і Вищого арбітражного судів» [182, с. 378].

Більше того, такі тенденції спостерігалися не тільки серед юристів-практиків та теоретиків на теренах колишнього Радянського Союзу. На сьогодні теоретичний підхід компаративістів, згідно з яким у континентальній правовій системі єдиним джерелом права визнається закон, далекий від реальності і «в теорії все більш і більш відкрито визнають, що абсолютний суверенітет закону в країнах романо-германської правової сім'ї є фікцією, та що поруч із законом існують й інші, доволі важливі джерела права» [43, с. 75], включаючи судовий прецедент. Звичайно, за загальним визнанням науковців, у галузі порівняльного правознавства відмінною рисою континентального права,

до якого відносить себе й Україна, взагалі є особливе значення закону в системі джерел права. Закони, за вираженням дослідниці судової практики Д.Ю. Хорошковської, складають «скелет» усієї романо-германської правової сім'ї, основу всього вітчизняного законодавства країн континентального права. Що ж стосується інших джерел права, то вони займають «підлегле і менше місце в порівнянні з переважним класичним джерелом права – законом» [195, с. 25].

У свою чергу Л.О. Корчевна у монографії «Проблема різноджерельного права: досвід порівняльного правознавства» зазначає що: «змішувати право і закон та вбачати у законі виключне джерело права – означає суперечити всій романо-германській традиції» [88, с. 31]. І взагалі Європа зараз іде шляхом зближення правових систем: в країнах загального права все більшого значення набувають писані конституції і закони, а в країнах континентального права – судовий прецедент. Як слушно стверджує російський дослідник М.М. Марченко у своєму навчальному посібнику «Правові системи сучасного світу», ситуація, за якою судовий прецедент формально не визнається, а фактично існує і застосовується, є доволі типовим для країн романо-германського права [118, с. 101]. А надалі вчений у науковій періодиці взагалі безапеляційно стверджує, що спільними джерелами права для всіх правових систем, які входять в романо-германську правову сім'ю, серед інших є судова практика та судові прецеденти [120, с. 22]. На підтвердження цього відомі компаративісти К. Цвайгерт та Х. Кьотц у двохтомнику «Введення у порівняльне правознавство в сфері приватного права» справедливо зазначають: «Абсолютне переважання на континенті права, ґрунтованого на законі, залишилося у минулому. В практиці судів континентальної Європи поступово здобуває визнання судове право і пов'язаний з ним орієнтований на конкретні прецеденти стиль юридичного мислення» [197, с. 406]. Насправді, прагнення до закріплення обов'язків суддів керуватися попередніми судовими рішеннями з'явилося в континентальній Європі ще у XVII – XVIII ст., про що детальніше йтиметься в підрозділі 2.1.

Однією з останніх тенденцій розвитку правової системи України є подолання вузьконормативного (формального) підходу до розуміння права, яке вже не розглядається лише з позицій позитивістської школи права, тобто як воля держави, або як команда суверенної державної влади, що втілена у нормативно-правовому акті (законі). З приводу сучасного стану праворозуміння професор М.В. Цвік у науковій статті «Про сучасне праворозуміння» зазначав: «передумовою і основою правового регулювання є не воля держави, що втілюється у законодавстві, а характер суспільних відносин, які об'єктивно складаються на базі взаємодії окремих осіб та їх об'єднань і підтримуються та захищаються державою» [198, с. 3].

Окремі аспекти проблем становлення та функціонування судового прецеденту та судової практики як джерел права у правовій реальності романо-германської правової сім'ї та сім'ї загального права загалом та правовій системі України зокрема знаходимо у дисертаційних дослідженнях українських та російських вчених, а саме: Т.М. Анакіної [8], С.В. Белякової [11], С.Ю. Бодрова [19], П.А. Гука [42], Г.Б. Євстегнєвої [53], Ю.А. Задорожного [57], М.І. Кагадія [73], В.П. Кононенка [83], О.Н. Коростелкіної [87], Д.В. Кухнюка [95], Б.В. Малишева [109], А.В. Полякова [146], О.В. Попова [148], С.В. Сіпуліна [172], Д.Ю. Хорошковської [195], С.В. Шевчука [209].

Так наприклад, український вчений Б.В. Малишев у своєму дисертаційному дослідженні при вивченні питання дії судового прецеденту в судовій системі Англії влучно зауважує, що при існуванні судового прецеденту судді одночасно застосовують, створюють та пізнають право. А там, де існує судова правотворчість, завжди є небезпека зловживання цими правотворчими повноваженнями з боку суддівського корпусу. Тому, на думку цього дослідника, в Англії зловживанням з боку суддів у процесі правотворчості запобігають дві групи чинників: історичні та організаційні. Історичні полягають у тому, що правотворчість притаманна англійській судовій владі ще з самого початку її становлення, і тому на сьогодні створена своєрідна культура судового правоутворення. До організаційних чинників належать такі:

1. Функціональна автономність судової влади, яка виражається у повноваженні вищих судів встановлювати процесуальні правила розгляду спорів та у проведенні ними самостійної політики із формування суддівського корпусу.
2. Змагальний спосіб відправлення правосуддя значно обмежує суд, адже збирає та досліджує докази не він, а сторони справи.
3. Прецедентного характеру можуть набути лише рішення вищих судів, що, в свою чергу, обумовлює: а) професіоналізм та високий ступінь матеріального забезпечення суддів; б) колегіальний спосіб прийняття рішень.
4. Процес правотворчості є прозорим, оскільки завдяки включенню тексту прецеденту до судового звіту аргументація кожного з суддів є відкритою для аналізу та критики.
5. Парламент своїм статутом вправі скасувати дію будь-якого прецеденту [109, с. 205].

Не слід недооцінювати матеріали з даної проблематики у радянських та сучасних періодичних наукових виданнях, таких як: «Б'юлетень Міністерства юстиції» [12], Вісник Академії правових наук [142, 143, 160, 198], «Вісник Верховного Суду України» [94, 103, 137, 190, 211], «Вестник Московского университета» [110, 117, 121] «Вісник Конституційного суду України» [163-165, 167, 184, 192, 204, 207], «Вісник прокуратури» [102], «Вісник центру суддівських студій» [106], «Голос України» [125], «Государство и право» [18, 24], «Митна справа» [114-116], «Право України» [96, 134, 170, 175, 183, 185, 206, 213, 214], «Советское государство и право» [40, 194], «Советская юстиция» [2, 9], «Український історичний журнал» [28], «Університетські наукові записки» [21, 50], «Юридичний журнал» [47], «Юридичний радник» [149] «Юридическая практика» [105, 218, 219], де надруковані наукові статті, в яких аналізується прецедентний характер рішень українських та міжнародних судів, простежується еволюційний процес утвердження судової практики в якості джерела права, відображаються погляди відомих вчених та практиків на можливість утвердження судового прецеденту в правовій системі України.

Аналіз праць західноєвропейських та американських вчених, зокрема Р. Алекси [221], Ж.-Л. Бержеля [14], Г. Бермана [222], Р. Давида [43], С. Дженіс

[46], Дж. Доусона [223], К. Жофре-Спинози [43], Р. Кей [46], Р. Кроса [92], Ж. Спинози Ф. Шрьодера [224], щодо дослідження судового прецеденту в якості джерела (форми) права дає нам можливість усвідомити та виявити закономірності появи, трансформації, та поширення судового прецеденту в якості джерела права в межах різних правових систем.

Серед вищезазначених вчених американський теоретик права Р. Алексі у своїй праці «Теорія правової аргументації» нараховує чотири причини, через які суддя при застосуванні нормативно-правового акта (кодексу) не може покладатися на методи дедуктивної логіки (за умов відсутності прогалин у законодавстві): 1) невизначеність правової мови; 2) можливість наявності конфлікту між правовими нормами; 3) той факт, що в ході вирішення справи змушує дійти правового висновку, який не відповідає існуючим чинним правовим нормам; 4) можливість в окремих справах, прийняття рішення, яке суперечить положенням закону в їх буквальному сенсі [221, с. 1].

Отже, незважаючи на розмаїття наукових публікацій, присвячених, питанням аналізу судового прецеденту, осмислення особливостей його еволюції та перспективи розвитку в період, що є предметом дослідження, і досі залишається недостатнім в межах історико-правового змісту. Не зменшуючи ролі та значущості праць попередніх дослідників стосовно різних аспектів судової практики, і судового прецеденту зокрема, варто зазначити, що в Україні комплексні спеціальні дослідження цього явища в історико-правовому аспекті ще не проводились. Проте, перетворення в державно-правовій сфері, як і в інших сферах нашого суспільства, вимагають від сучасної науки комплексного обґрунтування.

1.2. Наукові концепції розробки судового прецеденту як джерела права

Для розвитку українського суспільства після здобуття незалежності 1991 р. характерним став процес всеохоплюючого переосмислення знань, що входять до змісту юридичної науки, включаючи її фундаментальні засади. Крім того, через деякі причини вітчизняна історико-правова наука не завжди підтримує свій зв'язок з юридичною практикою. А зміни в системі суспільних відносин, які впродовж 1991 – 2010 р.р. відбуваються у нашій країні, відображають в науковому середовищі та породжують на практиці позитивні зрушення, що передусім виражається у розкритості науковців, наданні їм можливості відкрито переосмислювати усталені догми та установки. Погоджуючись з думкою А.Д. Машкова, необхідно нагадати, що юриспруденція – це масштабний феномен, що включає крім юридичної науки, юридичну практику та її складову судову практику [123, с. 34].

Наукове пізнання для того, щоб бути об'єктивним, має спиратися на належну методологію. Вивчення проблем правового регулювання в різноманітних сферах суспільних відносин вимагає чіткого уявлення про те, яким чином воно здійснюється. Ґрунтовність історико-правового дослідження судового прецеденту як джерела (форми) права залежить від багатьох чинників, серед яких визначальним є саме з'ясування можливих способів дослідження та засобів його здійснення: наукових підходів, принципів, методів. В залежності від вдалого застосування методу в процесі вивчення будь-якого об'єкта поставлена мета досягається або ж ні. Відправним пунктом дослідження є твердження, що наукові знання набуваються тільки за умови, якщо вивчення об'єкта, у даному випадку судового прецеденту, проводиться відповідно до вимог теорії пізнання [138, с. 117].

Очевидно, що за історію свого існування людство виробило значну кількість способів, прийомів, засобів пізнання, деякі з них трансформувались у наукові методи та методики. У зв'язку з цим перед кожним вченим постає

питання вибору прийому, способу, засобу, методу чи методики в конкретному випадку та поєднання всіх цих інструментів пізнання в єдину несуперечливу систему здобуття істинного знання.

Зрозумілим є також і те, що застосування широкого кола методів дослідження сприяє більш поглибленому вивченню сутності судового прецеденту в якості джерела (форми) права, однак не виходячи за межі предмету теорії та історії держави і права.

За час існування юридичної науки було розроблено низку підходів та універсальних методів, за допомогою яких вчені з'ясовують закономірності виникнення та розвитку правових явищ, взаємозв'язки між ними, прогнозують їх подальший розвиток.

Кожне виявлення права, зокрема, форма його об'єктивізації, вимагає для свого дослідження відповідні підходи, способи та засоби здійснення. Методологічний інструментарій може бути найрізноманітнішим, варіюючись від традиційного до інноваційного. Вирішення питань, що стосуються поняття форми права і його співвідношення з поняттям джерел права, є похідним від вирішення проблем праворозуміння та визначення самого поняття права. Від того, на яких методологічних позиціях знаходиться дослідник, дотримується він позитивістських поглядів або вирішує проблему з позицій природного права, в повній мірі залежить і його уявлення про форми та джерела права.

У доктринальних та академічних колах, на сторінках наукових видань, на науково-практичних конференціях, симпозіумах спостерігається активність у наукових дискусіях щодо ефективності тих чи інших підходів до наукового осягнення правової реальності. Власне поняття методології правових досліджень та її функцій розглядається досить суперечливо. Одні автори ототожнюють методологію з загальнотеоретичними проблемами будь-якої науки, інші – з філософією, діалектикою, історичним матеріалізмом. Деякі науковці вважають методологію окремою наукою зі своєю теорією та предметом дослідження.

Невизначеність у методологічній сутності зумовлює зниження темпів наукових відкриттів у праві.

Застосування у вітчизняній правовій доктрині судового прецеденту зумовлює зміну праворозуміння як сукупності принципів, на яких базуються структурні елементи правової системи, в тому числі й джерела права. Незаперечним є той факт, що в масовій суспільній свідомості України продовжують домінувати уявлення про право як знаряддя політики, інструмент примусу, зведену в закон волю, якщо й не якогось окремого панівного класу, то принаймні панівної частини суспільства [81, с. 29].

Визнання людини найвищою соціальною цінністю обумовлює необхідність урахування її участі в процесах творення і реалізації права. Відповідно, змістом судової практики має стати переорієнтація вітчизняного правознавства із соціоцентричного на антропоцентричний підхід. Актуальним на сьогодні є інтегральний підхід до праворозуміння. Його суть зводиться до наступного: право є цілісним багатоаспектним явищем і не може досліджуватись на основі одного методу [146, с. 5 – 7].

Антропологічний (персональний) підхід є методологічною основою для проведення наукових досліджень і впровадження сучасної вітчизняної судової практики, шлях позбавлення науки від крайнощів догматизму і однобічного коментування норм законодавства.

Тривалий час у теорії права існувало два методологічні підходи до дослідження природи джерел права, які ґрунтувалися на виключно однобічному їх розумінні. Перший з них полягає у прихильності до проголошеного у ХХ ст. позитивістського ототожнення права й закону, аналізі змісту права в повній залежності від державної волі, що зводить право до наказу держави. Діючі норми права розглядаються як непорушна догма, а завдання юристів зводяться до систематизації і тлумачення численних юридичних норм, створення системи абстрактних понять, із яких випливає соціальна сутність права. Такий підхід залишає поза увагою розгляд інших джерел (форм) права, в яких втілюється в життя справедливість та гуманність, а також обмежує юридичну науку лише

дослідженням догми права. Наслідком цього є недооцінка соціальної природи джерел права.

Інший підхід, що полягає у зведенні права виключно до природних прав людини та обґрунтуванні необов'язковості їх відображення у законодавстві, дозволяє стверджувати про наявність системи джерел (форм) права або запереченні чи недооцінці впливу державної влади на правоутворення і правореалізацію.

Застосування феноменологічного підходу під час вивчення джерел права дає можливість уявити судовий прецедент у вигляді певного правового феномену, який у поєднанні з моральними принципами та цінностями, правовою спадщиною, принципами гуманізму тощо зумовлює децентралізацію права, зближення природного і позитивного права, сприяє відкритості правових систем.

Слід зазначити, що постійний пошук нових дослідницьких прийомів і методів не завжди забезпечує якісний приріст наукових знань. Використовуючи нові методологічні підходи, необхідно ґрунтуватися на принципі додатковості, а не на заміні одного уявлення іншим. Підходи й методи повинні доповнювати один одного для цілісного відображення правової реальності [159, с. 3 – 32]. Приєднуємося до думки про те, що нові методологічні підходи дадуть позитивний результат лише тоді, коли вони будуть застосовуватися на національному ґрунті з урахуванням соціально-культурних традицій життєдіяльності та правової ментальності народу України, який має багатовікову історію [138, с. 120]. Дійсно, сучасні науковці не повинні нехтувати набутим у попередні десятиліття досвідом, відмовлятися від утверджених і випробуваних практикою методів дослідження права.

Герменевтичний підхід до вивчення судового прецеденту дає можливість уявити його у вигляді взаємодії суб'єктів суспільних відносин з приводу створення норм права, що зводиться, в кінцевому результаті, до розумово-речової діяльності. Така суспільна взаємодія має структуру, яка, по суті, є структурою суспільних відносин, що, в свою чергу, мають вигляд суспільно-

інформаційних процесів. Уся правотворча діяльність та її результати уявляються у вигляді структурної інформаційно-речової взаємодії.

Актуальним у дослідженні судового прецеденту як джерела (форми) права є цивілізаційний підхід, який дає змогу визнати природним розмаїття поглядів на дане явище в різних правових системах світу, правових культурах і державних інститутах. У той самий час відбувається збереження власної унікальності кожної. Аналіз правових досягнень різних цивілізацій дозволяє знаходити спільні підходи до розуміння судового прецеденту та організаційні засоби його реалізації в процесі взаємодії з іншими правовими системами [129, с. 42].

Визначення місця судового прецеденту в системі джерел (форм) права та особливостей його функціонування в країнах, що належать до різних правових сімей, у відмінні періоди розвитку світових цивілізацій значно збагачує дослідження, виводить його на більш високий рівень узагальнення.

Ціннісний підхід як своєрідний спосіб пізнання тісно пов'язаний з науково-пізнавальним підходом, який має на меті відкриття законів функціонування об'єкта, підведення різних явищ під загальні поняття. Тому ціннісний підхід ґрунтується на необхідності отримання двох типів інформації про об'єкт: наукової та ціннісної [146, с. 324-385]. Оцінку змісту, ефективності дії судового прецеденту як джерела (форми) права необхідно здійснювати з позицій загальнолюдських інтересів та потреб, зокрема тих світоглядних ідеалів і моральних норм, які акумулюють досвід людства та є спільними для всіх.

Сучасній юридичній науці притаманна наявність не окремо взятого підходу дослідження джерел права, а їхньої системи. Багатоманіття наукових методологічних підходів дає змогу всебічно підійти до осмислення судового прецеденту як джерела (форми) права.

Категоріальні властивості джерел права, в тому числі й судового прецеденту, зумовлюють необхідність використання різноманітних принципів та методів наукового пізнання.

У цьому дослідженні під методом юридичної науки розуміється система дій, спрямованих на теоретичне та історико-правове пізнання права, в тому числі його джерел (форм). Використання в дисертації належної методології дає змогу здобути науково обґрунтовані й достовірні теоретичні положення, а також цінні практичні рекомендації. Сьогодні можна вже вести мову про те, що вітчизняна правова наука впродовж 1991 – 2010 рр. набула достатньо серйозних наукових напрацювань у сфері юридичної методології, зокрема, використовуються найрізноманітніші методологічні підходи до вивчення джерел права та багато інших.

В якості філософсько-світоглядного підходу в дисертації було використано діалектичний метод наукового пізнання державно-правових явищ, який дозволив розглянути судовий прецедент в якості джерела (форми) права об'єктивно та всебічно, виявити його особливості та тенденції розвитку. Застосування діалектичного методу дослідження допомогло створити базу для вагомих теоретичних та історико-правових узагальнень, дозволило встановити сутність судового прецеденту, з'ясувати його природу, ознаки та механізм реалізації через судову гілку влади з метою ефективного впливу на державно-правові процеси. Можна вести мову про декілька стадій процесу пізнання, що застосовувались у процесі дисертаційного дослідження, зокрема: пізнання одиничного факту, наукове узагальнення, пізнання внутрішніх закономірностей та формулювання науково обґрунтованого висновку. Застосування в цій праці діалектичного методу в якості універсального допомогло не тільки виявити особливості судового прецеденту як джерела (форми) права, а й акцентувати увагу на визначенні даного поняття, зв'язку цього явища з іншими джерелами (формами) права, правотворчими та правозастосовними процесами. Парні категорії діалектики, зокрема, такі як форма і зміст, загальне й особливе, дали змогу всебічно дослідити явище судового прецеденту та дійти обґрунтованих висновків. [74, с. 146].

У процесі дослідження методологічних аспектів наукових робіт виділяють певний методологічний алгоритм, що включає способи пізнавальної

діяльності щодо визначеного об'єкту, сукупність відповідних правил і приписів, а також теоретичні положення і принципи, які характеризують певні риси, ознаки дослідження та процеси його пізнання. При цьому методологічний алгоритм, зокрема, правила та приписи пізнавальної діяльності, детерміновано, по-перше певним об'єктом дослідження, по-друге, завданнями дослідження, по-третє, умовами, в яких здійснюється науковий пошук (наявність можливостей вивчати ті чи інші об'єкти або їх сторони, здійснювати моделювання, застосовувати ті чи інші засоби вивчення об'єкта тощо) [82, с. 240].

Особливе місце в системі методологічних засад, які використовувалися під час вивчення природи судового прецеденту як джерела (форми) права, посідає системно – структурний метод в якості загальнонаукового. Використання даного підходу дає змогу з одного боку, зрозуміти ціле, виходячи з його частин, а з другого – проаналізувати частини можна тільки виходячи з цілого, до якого вони належать. Основною метою системних досліджень є розкриття механізму існування складної системи, а це можливо завдяки багатогранності та багатоманітності розгляду. Використання системного методу в дисертації зумовлене загальною потребою аналізу та узагальнення досліджуваних правових явищ з урахуванням особливостей не тільки предмета та об'єкта дослідження, а й низки супровідних понять, які впливають на розвиток таких явищ.

Системно-структурний метод передбачає розгляд об'єкта як складного та багатогранного явища. Судовий прецедент як джерело (форма) права є складним, системним, різноякісним явищем. За допомогою цього методу проаналізовано суть прецеденту, виявлено органічний взаємозв'язок та взаємодію його складових.

Системна складова вже згаданого методу дозволяє сформулювати низку висновків та тверджень, що можуть внести певну новизну в розуміння категорії «джерело права». Розгляд судового прецеденту з позиції системності дозволяє визначити його місце та значення в національних правових системах,

прогнозувати можливості реформування та вдосконалення системи джерел права.

У XX ст. системне мислення та заснований на ньому метод почали широко використовуватись у різноманітних сферах дослідження. На теперішній час системний підхід визнається одним з основних та широко використовується в багатьох юридичних наукових галузях.

Система джерел права наділена всіма системними якостями: організованістю, цілісністю, складністю, інерційністю, що забезпечує її функціональну завершеність та визначає роль і місце в правовій системі. Будь-яка пропозиція про визнання або виключення певних видів джерел права повинна розглядатись крізь призму їх системно-функціональних зв'язків [110, с. 14]. Історичний метод дав змогу дослідити питання, пов'язані з багатовіковим процесом становлення та розвитку судового прецеденту в якості джерела (форми) права. Оскільки досліджуваний нами процес охоплює 1991 – 2010 р.р. тобто, фактично близький до сучасності період право- та державотворення багато в чому визначається історичними факторами, вивчаючи їх необхідно враховувати не лише досліджуваний період, а й прослідкувати весь процес їх виникнення, становлення та розвитку. Використання даного методу також дало змогу визначити та глибше зрозуміти чинники, які вплинули на визнання фундаментальних праць провідних правознавців як напряму розвитку тієї чи іншої правової системи.

У історико-правовому дослідженні судового прецеденту в якості джерела (форми) права обов'язково повинен бути реалізований принцип історизму, який орієнтує на розгляд його у становленні, розвитку в конкретно-історичних умовах. Використовуючи цей принцип наукового пізнання, було з'ясовано:

з'ясовано причини виникнення судового прецеденту як джерела (форми) права, що обумовили його сутність і зміст, шляхи його реалізації, вплив на суспільні відносини;

логіку розвитку судового прецеденту як джерела (форми) права в генезисі держави, еволюції правового регулювання;

проаналізовано процес утвердження та розвитку судового прецеденту крізь призму діяльності вищих судових органів України в період 1991 – 2010 рр.;

прослідковано вплив судового прецеденту міжнародних юрисдикційних органів, зокрема Європейського суду з прав людини на правову систему України.

Застосовуючи принцип історизму, безпосередньо звертаємось до методів хронології та синхронізації. Перший полягає у викладенні та аналізі історичних подій і явищ у відповідній послідовності їх виникнення, руху і зміни. Другий – у співставленні деяких історичних подій з іншими процесами, що водночас відбуваються в суспільстві. Це дозволяє краще зрозуміти історичний контекст, в якому відбувалась поява явищ і фактів, що цікавлять дослідника. За Г.Дж. Берманом вузькість наших концепцій права не дозволяє нам бачити право та його історію. Сьогодні люди сприймають право переважно як масу законодавчих, адміністративних та судових правил, процедур та технічних прийомів, що діють у даній країні. Погляд на історію, що супроводжує схоже сприйняття права, жорстко обмежений більш менш недалеким минулим та певною країною. Більш того, це буває погляд навіть і не на історію, а лише на політику чи цінності [15, с. 318]. Зміст джерел права можливо зрозуміти лише за умови розгляду їх у генезисі та розвитку, у конкретних історичних умовах та взаємозв'язках. Наукове дослідження неможливо обмежити характеристикою стану джерел лише на даний момент існування, оскільки буде втрачений причинно-наслідковий зв'язок в історичному розвитку права.

Безумовно, якщо відноситися до права лише як до пануючих норм, процедур та прийомів, воно становить невелику зацікавленість для суспільства. Судовий прецедент є одним з найдавніших текстуальних джерел права, яке в деяких країнах відігравало, а в інших – продовжує відігравати надзвичайно важливу роль у правовому регулюванні суспільних відносин.

Логічне дослідження права нерозривно пов'язане з історичним методом та принципом обґрунтованості, оскільки розкриває історичну повторюваність

його джерел, загальні принципи їх розвитку. Даний підхід за допомогою законів формальної логіки дозволяє з'ясувати час виникнення джерела права, особливості його структури та дії окремих джерел права, зокрема, судового прецеденту, та системи джерел права загалом, обґрунтувати внутрішню його побудову та виявити зв'язки між його складовими.

Принцип обґрунтованості дійсно є важливим у дослідженні джерел права, його застосування дає змогу аргументувати будь-яке твердження. Саме тому дослідження і висновки щодо джерел права мають ґрунтуватися на певному фактичному матеріалі, який є об'єктивним. Історичні факти безперечно складають важливі концептуальні засади теорії джерел права. Наукові факти є результатом теоретичного осмислення системи історичних фактів, усвідомлення та наукового аналізу певних правових явищ, а в нашому випадку – це усвідомлення та виявлення закономірностей появи, трансформації, поширення судового прецеденту в якості джерела права в межах правової системи України.

Стосовно принципу всебічності дослідження, то він передбачає пізнання якомога більшої кількості властивостей судового прецеденту. І звичайно, чим більша кількість критеріїв аналізу використовується, тим вірогіднішими будуть висновки. Саме тому Н.М. Пархоменко зазначає, що загальний висновок про ефективність певного джерела права слід робити на підставі різноманітних показників, усебічність дослідження досягається шляхом виявлення їх сутності та зв'язків з іншими правовими явищами, вивченням існуючих поглядів на проблему, що розглядається, та застосування усієї сукупності методів з метою отримання різноаспектних характеристик джерел права [139, с. 19].

У процесі дослідження широко використовувався порівняльний метод. Як відомо, об'єкти, що порівнюються, мають бути схожими. Можливість порівняльного аналізу розуміння сутності, основних ознак та механізму дії судового прецеденту в правовій системі України зумовлено історичними шляхами його розвитку.

Серед напрямів розвитку методології наукового дослідження виділяється й становлення компаративного методу. Використовуючи його, у предметний простір включається не лише «одне» і «друге» в правових реальностях країни, а й «інше» – якісно протилежне стосовно «одного» і «другого». Внаслідок цього дослідження охоплює як порівняльне вивчення судових прецедентів, пов'язане з пошуком їх загальних властивостей, так і дослідження, що базуються на протиставленні, і які орієнтовані на фіксацію відсутності «загального», а спрямовують на визначення унікальності, своєрідності, притаманній лише правовій системі нашої країни. Під час вивчення правових систем, зокрема, джерел права, компаративіст має відноситись до нього, як юрист тієї країни, до права якої він звернувся. Матеріалом для роздумів має бути право всіх країн світу, у тому числі правових сімей, минуле та сучасне, зв'язок права із зовнішніми факторами (навколишнім середовищем, особливостями нації, історією, релігією тощо). Оскільки не лише обрана форма держави, а й все, що обумовлено соціальними, економічними та правовими реаліями, спрямовує право на шлях розвитку. Судовий прецедент у кожній з правових сімей має свої власні властивості, які відрізняються більшим чи меншим ступенем оригінальності.

Якщо порівняльний метод переважно пов'язується зі знаходженням загального в різному, то юридична компаративна методологія включає не лише пошук тотожності, подібності, рівності й інших варіацій спільного, а й нерівності, паралелей, протилежностей, аналогій тощо [185, с. 34].

Вивчення сутності, специфічних рис, особливостей впровадження положень судового прецеденту в якості регуляторного фактору пов'язане із вивченням судової практики. Догматичний метод (метод тлумачення) застосовується для пізнання різноманітних правових явищ, виявлення співвідношення між їхньою буквою й духом [104, с. 140]. Не слід забувати того, що офіційне тлумачення норм права буде результативним у разі використання – різних способів тлумачення, які обумовлюють і доповнюють один одного. Аналізу судової практики Конституційного Суду України крізь призму

офіційного тлумачення норм права присвячений окремий пункт дисертаційного дослідження.

Формулювання концептуальних засад судового прецеденту як джерела (форми) права є результатом проведених наукових досліджень, зокрема, мова йде про збір інформації щодо нього, а також аналіз тих закономірностей, які йому властиві. У процесі здійснення наукового дослідження, предметом якого виступає судовий прецедент, безпосередньо стикаємось з понятійним апаратом, до якого входять поняття «джерело права», «правова система», «система права», «нормативно-правовий акт», «юридична практика», «судова практика», «судовий прецедент» тощо.

Як свідчить досліджене, методологія розгляду джерел права відповідає відповідній концепції праворозуміння. Вивчаючи праці С.Л. Зівса, М.М. Марченка, Д.А. Керимова, Ю.О. Тихомирова, О.П. Шебанова, Л.С. Явича, можна дійти висновку про те, що аналіз відповідних джерел права обмежується вузько нормативним підходом праворозуміння, оскільки відбувався в радянський період. Тому і не дивно, що деякі положення даної проблеми залишаються актуальними нині, а деякі – вимагають значного перегляду.

Питання визнання судового прецеденту в якості джерела права знаходиться в центрі жвавих дискусій. Традиційно дана форма права розглядається в якості «не законодавчого джерела права» під яким, як правило розуміють позицію суду відносно конкретної справи [157, с. 275]. Власне судовий прецедент не визнавався джерелом радянського права, його розглядали як форму права, що визнається в традиційних суспільствах або правових системах загального права.

На сьогоднішній день, згідно пануючої точки зору, ця якість за ним не визнається, проте низка провідних науковців вбачають у ньому джерело права. Стає зрозумілим, що за такої дискусії все залежить від того, що ми розуміємо під поняттям «джерело права». Якщо вважається, що норма повинна відповідати соціальній дійсності та ефективно застосовуватись практикою, то

норми, які вироблені судовим прецедентом з урахуванням практичних зауважень, поза всяким сумнівом, стають нормами права.

Погоджуємося з тим, що практична діяльність певною мірою є логічним продовженням наукової. Багато методів, що використовуються в останній, застосовуються й у діяльності практичній. Причому одними науковими методами оперують на практиці безпосередньо, інші ж, подібні до них, пристосовуються для практичних недоліків. Зокрема, єдиними для науки і практики виступають методи формальної логіки. Такі ж методи як системний і порівняльний уже використовуються в практичній діяльності в адаптованому до певної сфери вигляді.

Що ж стосується діяльності, пов'язаної з процесом тлумачення права для його реалізації, то вона разом з відповідною науковою діяльністю є нерозривним цілим.

Не викликає сумнівів те, що римське право є базовим джерелом створення судового прецеденту у країнах континентальної Європи та визначило напрями формування й розвитку відповідних правових систем. А на розвиток сучасного українського права, безумовно, впливає судова правотворчість розроблена на основі найважливіших положень римського права.

Як свідчить наведене, аналіз положень про судовий прецедент в якості джерела (форми) права включає в себе низку розумових процесів, зокрема пізнання, аналізу та узагальнення отриманої в процесі наукового дослідження проблеми. Використовуючи широке коло методів, було здійснено спробу найбільш глибокого вивчення сутності судового прецеденту в якості джерела (форми) права.

На теперішній час дослідження судового прецеденту в якості джерела (форми) права, з нашого погляду, має велику потребу, оскільки дуже важливим є побудова теоретичної моделі правового регулювання, а вже потім - прийняття рішення про втілення її в реальне життя. Розвиток правової реформи вимагає комплексного історико-правового та теоретичного забезпечення, що дає

можливість моделювати правові процеси й передбачати результати правової діяльності.

Висновки до розділу 1

Отже, проаналізувавши історіографію, джерельну базу основні аспекти праворозуміння та наукові концепції судового прецеденту як джерела права в правовій системі України можна зробити такі висновки:

1. В історіографії української юриспунденції спостерігається достатньо нерівномірне висвітлення тематики судової правотворчості. Доволі значний масив історико-правових розвідок дореволюційних правників, увінчаний намаганням виокремити певні джерела права, при цьому розмежувавши джерела позитивного й природного права та визначивши зміст судової правотворчості, розглядаючи її в історико-правовому й галузевому аспектах. Дещо конкретизував судову правотворчість дослідник Г.В. Демченко, притримуючись думки про можливість включення судового прецеденту до джерел права Російської імперії. Однак в радянський період правниками фактично заперечувалася можливість існування судового прецеденту в якості джерела і лише деякі з них теоретично обґрунтовували доцільність створення й застосування судової практики вищими судовими органами. І лише після здобуття Україною незалежності сучасні концепції судової правотворчості обґрунтовує і виправдовує ціла плеяда українських та російських вчених, які підходять до судового прецеденту з позиції широкого праворозуміння та роблять спробу окреслити його в якості джерела права романо-германської правової сім'ї загалом та правової системи України зокрема. На сьогодні потребує комплексного дослідження судовий прецедент в правовій системі України після здобуття незалежності, з метою утвердження прогресивних тенденції у вітчизняній юриспунденції та наближення її до загальноєвропейських правових традицій.

2. Визначення ролі судового прецеденту в правовій системі України залежить, насамперед, від праворозуміння, через призму якого розглядається феномен судового прецеденту. Праворозуміння і судовий прецедент знаходяться у системному взаємозв'язку. Позитивістська, соціологічна, психологічна та інші школи права не обійшли своєю увагою проблему визначення поняття та ролі судового прецеденту в системі джерел права.

3. Серйозний вплив визначення ролі судового прецеденту здійснили політичні чинники, адже місце суду залежить насамперед від встановленого у тій чи іншій державі політичного режиму. Тоталітаризм, що панував на теренах нашої країни довгий час, разом із нав'язуваним зверху нормативізмом, категорично відкидали можливість судової правотворчості.

4. Визначення ролі судового прецеденту в системі джерел права багато в чому залежить від традиційного ставлення до суду в суспільстві, яке сформувалось у межах тієї чи іншої правової системи. На сьогодні спостерігаються об'єктивні тенденції щодо зближення двох правових систем. У країнах загального права все більшого значення набуває саме законодавчий шлях розвитку права, а в країнах континентального права – судові рішення вітчизняних, так само як і міжнародних, судів, за допомогою яких уточнюється і розвивається право. Активні сучасні процеси конвергенції рішуче відкидають догмат, що традиційний законодавчий шлях формування позитивного права начебто виключає можливість розвитку судової правотворчості. Україна йде аналогічним шляхом, враховуючи проголошення себе правовою, соціальною державою та відкидаючи нормативізм як єдину догму юридичної науки.

5. Джерельна база дослідження містить великий обсяг матеріалу, зокрема нормативно-правових актів, правозастосовних актів, монографічних розвідок, наукових виступів та публікацій.

До першої групи належать монографічні розвідки, наукові та навчальні посібники, публікації у періодичних виданнях дореволюційних, радянських, сучасних українських, російських, західноєвропейських та американських вчених.

До другої групи належать радянські та сучасні українські нормативно-правові акти, що регламентують здійснення судочинства і дію судових правозастосовних актів.

До третьої групи належать правозастосовні акти українських та міжнародних юрисдикційних судових органів, що носять прецедентний характер.

6. Актуальність тієї ролі, яку відіграє судовий прецедент у правовій системі незалежної України, зумовлено, насамперед, використанням сучасних концепцій дослідження його як правового феномену та юридичного явища крізь призму використання традиційних загально-наукових методів дослідження та спеціально-наукових методів для утвердження судового прецеденту серед інших джерел права в масштабах правової системи. Водночас використання новітніх методик дослідження судового прецеденту сприяє побудові теоретичної моделі правового регулювання з метою втілення її в подальшому в практичну діяльність.

РОЗДІЛ 2 ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ

2.1. Формування прецедентного права та судовий прецедент як форма існування права

Така багатозначна категорія як «право» знаходить свій прояв у багатьох формах, що взаємодіють між собою, але функціонують самостійно. Аналіз судового прецеденту як джерела права в рамках категорії «правова система» дозволяє визначити його характерні особливості в правотворчому процесі у той чи інший історичний період. В даному підрозділі дисертаційного дослідження будемо намагатися простежити еволюцію судового прецеденту крізь призму його становлення та розвитку, як форми існування права в різних правових системах сучасності.

Загальновідомо, що судовий прецедент є правовим актом судової влади у вигляді певного суддівського пояснення чому саме так вирішена справа. Суд у ньому формулює свою правову позицію, яка стає обов'язковою безпосередньо для суддів при прийнятті аналогічних рішень. Тобто, ця правова позиція у формі правоположення набуває прецедентного характеру. В основі судового прецеденту лежить соціальний факт повторюваності певних суспільних відносин та специфіка людської природи – зазначає український дослідник С.В. Шевчук – справедливим буде те судове рішення, яке не відрізняється від прийнятого раніше, за умови, що співпадають фактичні обставини справи, яка розглядається [209, с. 111 – 112]. З цієї позиції загальноприйнята думка про зв'язок судового прецеденту лише із системою загального права виявляється помилковою, оскільки прагнення державних діячів та суддів в силу своєї людської природи слідувати практиці попередників або покладатися на раніше прийняті власні рішення простежується протягом всієї історії людської цивілізації. Ще у стародавньому Єгипті була розроблена система

оприлюднення судових рішень для використання їх в подальшому в судовій практиці. З цєю ж метою у стародавній Греції судді покладалися на раніше прийняті рішення для врегулювання торгівельних суперечок. Аналогічно давньоримські судді в питанні судової процедури слідувати практиці своїх попередників.

Проте повага до попередньої практики не тягне за собою обов'язковість раніше прийнятих судових рішень, і навіть не означає, що така практика розглядається як джерело права. Але якщо звернутися до історії Стародавнього Сходу, то все ж таки можна віднайти свідчення того, коли попередня судова практика розглядалася як джерело права. Зокрема, в передмові до свого кодексу законів цар Хаммурапі рекомендує тим, кого скривдили, прочитати його «справедливі рішення», наведені на стелі [71, с. 14]. Також можна віднайти свідчення у Старому Заповіті, де окремі норми давньоєврейського права встановлені з судових рішень. Однак, крім кількох випадків біблійного тексту, тенденція посилання на прийняті раніше судові рішення у той період не спостерігалася [16, с. 318, 675, 784]. Отож, слід погодитися з тим, що судові рішення як джерело права відігравало в тогочасних правових системах достатньо обмежену роль. Адже переважна частина норм права стародавніх державних утворень була у формі звичаю, а судові рішення в якості джерела права розглядалися лише як доказ існування того чи іншого звичаю.

Водночас, у праві країн Стародавнього Сходу розвивалося кілька важливих ознак, зокрема, застосування методу прецеденту, який притаманний практично всім правовим системам сучасності. Так, у стародавньому Єгипті відсутні будь-які спроби систематизації права, за те юридична практика ґрунтувалася на указах фараонів, що було обумовлено деспотичною формою державного правління. Відповідно, «указ фараона» визнавався як беззаперечний постулат, на який посилалися при розгляді та вирішенні справ. Принаймні, за часів Нового царства в Єгипті судові органи дотримувалися своєї попередньої практики [71, с. 78 – 81].

У ще одній із країн стародавнього Сходу – Китаї за свідченням деяких документальних джерел прецедент ще в III ст. до н.е. визнавався джерелом права, коли імператор династії Цин (221 – 206 рр. до н.е.) визначив в якості джерела права практику «правосудних урядників» [170, с. 99 – 102]. Однак недостатня кількість юридичних джерел тогочасного періоду не в повній мірі дозволяє визначити роль, яку відігравало прецедентне право у правовій системі Китаю. Беззаперечним є той факт, що в імператорському Китаї прецеденти («чень-ан» — «попередні справи») посідали вагоме місце [186, с. 125]. Від часів правління династії Цинь збереглося близько 40 збірок судових рішень, більшість яких стосувалася сфери регулювання кримінального права і була винесена вищою судовою інстанцією у кримінальних справах – Палатою покарань («Цзіньбо») [186, с. 126].

Отож, виникнення прецеденту як правового явища відбувається незалежно у різних частинах світу, тобто носить об'єктивний характер і не є виключно англо-американським чи європейським явищем. Окрім цього, в силу тогочасних деспотичних форм правління, пам'ятки права народів Стародавнього Сходу беззаперечно трактують те, що суддя уособлював в собі представника небесної справедливості, а тому його рішення уособлювали цю справедливість та носили трансцендентний характер. Тому судові рішення не обмежувалося конкретною справою.

Однак сучасною наукою особлива увага у контексті прецедентного права відводиться стародавньому Риму, де, на думку багатьох дослідників, воно й виникало у вигляді преторського права [120, с. 635 – 648; 203, с. 117]. Як вважає професор віденського університету Г. Хаусманингер, «римське класичне право було прецедентним, оскільки римські юристи не бажали зв'язувати себе непохитними нормами, надаючи перевагу розвитку власного права від одного права до іншого» [194, с. 101]. Тобто позиція вченого була такою, що прецедент походить не з Англії, як це традиційно вважають, а від посадової особи, яка здійснювала судочинство у стародавньому Римі – претора. Причинами правотворчості преторів дослідники називають розвиток рабовласницьких

відносин, різке зростання економіки, концентрацію фінансових ресурсів та земельної власності, які призводили до того, що існуючі цивільно-правові акти не забезпечували належного регулювання цих суспільних відносин [166, с. 253 – 254]. Тобто за допомогою преторського права старі норми наповнювалися новим змістом з урахуванням необхідності забезпечення регулювання сфери цивільних правовідносин, що мали мінливий характер.

Обґрунтовуючи прецедентний характер преторського права, український дослідник В.П. Кононенко виходив з того, що, по-перше, преторські едикти, у рамках яких формувалися норми преторського права, створювалися особами, які здійснювали судочинство, по-друге, кожен новий претор, укладаючи свій едикт, брав до уваги едикти попередників, що, у свою чергу, зумовлювало повторюваність викладених в них норм, по-третє, преторське право є результатом не правотворчої, а правозастосовної діяльності, по-четверте, формувалося вказане право не на основі загальних правил, а на прикладах конкретних казусів, окремих цивільних справ, по-п'яте, за своєю суттю норми преторського права не суперечили чинним положенням законодавства, а лише доповнювали старі приписи останнього новим матеріальним та юридичним змістом, по-шосте, визнавалося не лише судами, а й іншими державними органами і посадовими особами, по-сьоме, специфіка преторського права полягала у тому, що останнє створювалося на підставі преторських едиктів і судових рішень, створюючи при цьому не лише норми процесуального, а й норми матеріального права [83, с. 21 – 24].

Преторське прецедентне право доповнювалося правотворчістю відомих юристів, які ще за часів правління імператора Августа отримали спеціальне право давати відповіді від його імені. Дані відповіді отримали величезний авторитет у тогочасному суспільстві й поступово ставали обов'язковими для суддів, а уже в III ст. окремі положення юристів прирівнювалися до закону [72, с. 92].

Традиція впливу відповідей римських юристів також знайшла своє відображення у касаційній ланці судочинства континентальної Європи, яка як

відомо зазнавала серйозного впливу римського права. Рішення даної судової ланки ставали загальними правилами та отримували характер закону [72, с. 356].

У зв'язку з цим можна провести історичну паралель із мусульманською правовою системою, зокрема з такою формою ісламського права як іджма – рішення правознавців ісламу обов'язкового характеру, що походять з Корану та Сунни й усувають прогалини у цих священних джерелах [131, с. 279]. Ці ісламські юристи користувалися високим авторитетом у мусульманському суспільстві, оскільки, за вченням Мухаммеда, помилка у мусульманській громаді була неприпустима. Е. Ламбер, досліджуючи мусульманське право, зауважував, особа, яка здійснює правосуддя, мотивує своє рішення не положеннями Корану, а книгами рішень освячених іджмою. І наявність норми права у іджмі забезпечувало безапеляційну можливість її застосування. [131, с. 282].

Усе ж визначальний вплив на розвиток судової практики справили римські юристи, причому як відомо в контексті розвитку позитивіських тенденцій. Вплив римських юристів на розвиток судової практики був визначальним, так трактування відомих нам Законів XII таблиць відбувалося виключно шляхом тлумачення [144, с. 151]. Остаточна судова правотворчість була піддана сумніву у загальновідомій кодифікації Юстиніана, у якій імператор вбачав загрозу особистій владі [208, с. 172 – 173]. При цьому останній прямо забороняв застосування прецеденту, зокрема: «Суддя чи інша особа яка здійснює судочинство не вправі піддавати себе правовій думці яка, на її погляд, є неправильною, а також судовим рішенням... Судові рішення повинні ґрунтуватися виключно на законах, а не на судових прецедентах» [208, с. 173]. Саме ця теза Юстиніана є підґрунтям сучасної ідеологічної основи заперечення прецедентного права у правових системах, які «генетично» пов'язані з римським правом. В свою чергу правові системи країн англо-американського права, на яких вплив римського права був менш відчутним [15,

с. 217], стали тим середовищем, де ідея прецедентного права набула особливого розвитку.

Адже, саме як джерело права в сучасному розумінні, судовий прецедент вперше виник в англійській правовій системі. Визначальна роль прецеденту у створенні та функціонуванні англійського права відрізняє систему загального права від континентальної. Його становлення відбулося не відразу, а стало результатом історичного розвитку загального права в Англії. Доктрина прецеденту є результатом тривалого історичного процесу і у своєму сучасному вигляді сформувалася у ХІХ ст. [112, с. 268] Сучасна література виділяє три [67, с. 2], або чотири [43, с. 208 – 209] періоди розвитку та становлення судового прецеденту як джерела англійського права. Разом з тим, на наш погляд, в історії становлення прецеденту як джерела англійського права доцільно виділяти саме чотири етапи розвитку. Перший – період формування передумов виникнення загального права (тривав до Нормандського завоювання у 1066 року). Другий – період становлення загального права (після 1066 року). Третій період характеризується розквітом класичного загального права і триває з 1485 до 1832 року. І, нарешті, четвертий період розвитку загального права – динамічний розвиток статутного права та пристосування загального права до швидкоплинної офіційної позиції (з 1832 року і до сьогодні) [119, с. 137 – 142].

Однак, становлення і розвиток прецедентного права в Англії не можна розглядати окремо від історії розвитку судової системи, зокрема судів загального права, оскільки останнє створювалося суддями, а судовий прецедент є важливим джерелом загального права.

Побутує думка, що у формуванні загального права Англії велику роль відіграли виїзні засідання королівських судів. Ще до Нормандського завоювання в Англії існував звичай направляти Королівських суддів у всі частини королівства, щоб проводити асизи (виїзні засідання королівських судів), судочинство в яких здійснювали судді, адвокати, або просто відомі особи в залежності від доручення суверена. Діяльність виїзних судів сприяла ефективному зміцненню центральної влади, а також становленню загального

права. В округах, де в період своїх роз'їздів королівські суди здійснювали правосуддя, вони знайомилися з місцевими звичаями, після чого компілювали отриманні знання про місцеве право з метою виведення єдиного правила для аналогічного розгляду справ у майбутньому.

Спершу перевага надавалася звичаям, а надалі судді застосовували норми римського, канонічного і торгового права, а також приписи норманських законів. З урахуванням зазначених джерел, кожен суддя обирав обґрунтований, на його думку, спосіб вирішення конкретної справи, який і ставав у подальшому прецедентом. Так складалося загальне право всієї країни.

Поступово, загальне право йде у розріз з положеннями звичаєвого права, при цьому норми, встановленні королівськими судами, беззаперечно отримують вищу юридичну силу. В результаті зниження ролі місцевих звичаїв, а з ними і місцевих судів, їх правове поле займають загальні принципи і правила, які застосовувалися в королівських судах у Вестмінстері, а потім поширювалися по всьому королівству роз'їзними суддями. В основі закріплення таких правових норм лежав принцип аналогічного рішення, вперше сформульований у XIII ст. вченим-юристом Брайтоном [67, с. 8].

Паралельно загальному праву з кінця XIV ст. активно розвивається право справедливості, яке представляє собою сукупність принципів і правил, що вироблялися Судом канцлера [67, с. 9]. Виникнення права справедливості було пов'язане з надмірною заангажованістю загального права, в якому матеріальне право і процес були переповненні формальностями і обмеженнями, зокрема для подачі позову необхідно було дотримуватися необхідних вимог та форми. Водночас матеріальне право повністю залежало від процесу, а тому й виникла необхідність у виникненні другого джерела англійського права – права справедливості.

Особи, які не отримали захисту в судах загального права, зверталися до Суду канцлера та просили останнього розглянути справу «по справедливості» [67, с. 9]. Водночас Суд канцлера, здійснюючи «справедливість», нерідко вступав у конфлікт із судами загального права шляхом виправлення недоліків

загального права. При цьому такі доповнення та виправлення не завжди позитивно сприймалися юристами загального права. На сьогодні колізії норм загального права і права справедливості вирішуються шляхом надання вищої юридичної сили праву справедливості.

До кінця XIII ст. зростає роль статутного права, внаслідок чого правотворча діяльність суддів в певній мірі стримується принципом, згідно з яким зміни в праві не повинні відбуватися без згоди короля й Парламенту. Водночас судді отримують право на інтерпретацію статутів, внаслідок чого зароджується нова сфера суспільних правовідносин, які регламентувалися прецедентом – це тлумачення законів.

Повноцінним же джерелом права судові рішення стає у кінці XVII ст., саме в цей період історія англійського права увінчалася такими суддями, як Холт та Менсфілд. У 1703 році суддя Холт проголосив, що «кожне право має бути захищене» [67, с. 10]. А до середини XVIII ст. практика цитування прецедентів доповнює англійську систему права.

В умовах одночасного функціонування трьох конкуруючих судів загального права, кожен з яких мав власну апеляційну інстанцію, дотримуватися принципу аналогії рішень та обов'язковості прецедентів було вкрай важко. А на додачу ще й діяльність Суду канцлера, рішення якого також підлягали аналогії застосування. У XVII – XVIII ст.ст. у розпорядженні судів знаходилася величезна кількість збірників прецедентів, авторами яких були приватні особи. Палата лордів не публікувала свої рішення, вважаючи це порушенням своїх привілеїв. І лише з 1865 року розпочалася офіційна публікація та систематизація прецедентів, включаючи й рішення Палати лордів. Усі ці процеси сприяли проведенню судової реформи 1873 – 1875 рр., у результаті якої системи загального права та права справедливості «злилися» воедино. Повноваження судів загального права і Суду канцлера були передані Високому суду. До цього моменту прецеденти цих судів, як відомо, фіксувалися окремо. Ця реформа була логічним завершенням усіх судових реформ в Англії XIX ст.

Отже, загальна доктрина судового прецеденту як обов'язкового джерела англійського права сформувалася лише в другій половині XIX ст. Це пояснюється насамперед тим, що тривалий час у правовій свідомості англійського суспільства панувала деклараторна теорія права, яка, визнаючи об'єктивним джерелом права звичаї і традиції країни, не дозволяла відносити судовий прецедент до системи джерел англійського права. Згідно з деклараторною теорією судові рішення розглядалось лише як переконливе свідчення, що підтверджує наявність норми права в тому вигляді, в якому вона була сформульована в рішенні з даної справи, але аж ніяк не як обов'язковий прецедент, тобто джерело права.

Таким чином, рішення суду країн загального права, яке спрямоване на вирішення конкретної суперечки або питання про застосування покарання до правопорушника. При цьому, таке рішення як побічний результат здійснення правосуддя у деяких випадках може створити загальнообов'язкове (у певному сенсі) правило. Водночас правило створюється не на зразок континентальної норми права (гіпотеза – диспозиція – санкція), а шляхом формулювання аргументації, з якої виводиться певне правило, принцип, підхід («ratio decidendi»), застосування якої забезпечило вирішення справи тим чи іншим способом за конкретних обставин. Рішення, що в результаті створює нове правило, має застосовуватись в частині ratio decidendi нижчими інстанціями (вертикальна дія прецеденту) або тим же судом чи іншими судами того ж рівня (горизонтальна дія прецеденту) при вирішенні «аналогічних» справ [148, с. 67 – 68].

Короткий історичний огляд процесу становлення загального права та права справедливості в Англії дозволяє нам дійти висновку, що становлення судового прецеденту як джерела права тривало близько тисячоліття. Такий тривалий термін генезису судового прецеденту можна аргументувати значною кількістю місцевих судів та відсутністю єдиної судової системи, що ускладнювало систематизацію судових рішень та забезпечення єдиного підходу до трактування і тлумачення норм права. Крім того, неоднозначний підхід до

визначення ролі судового прецеденту в системі права Англії уповільнював становлення останнього як основного джерела права англо-американської правової сім'ї.

Становлення української правової традиції не пов'язане з системою загального права, а швидше тяжіє до романо-германської правової сім'ї, в якій основним джерелом права є нормативно-правовий акт і договір, тим самим нівелюючи можливість існування в якості джерела права судового прецеденту. Це насамперед пов'язується із згаданою вище історичною традицією кодифікації Юстиніана.

Натомість, у літературі все частіше з'являються застереження щодо безпідставності однозначного відхилення можливості визнання судового прецеденту джерелом права. На нашу думку, з огляду на активні процеси глобалізації, у тому числі і в правовій сфері, заслуговує більшої уваги позиція про те, що романо-германська система права визнає джерелом права і судовий прецедент. [119, с. 16 – 17]

Для глибокого і всебічного пізнання суддівського права, що існує в рамках романо-германської правової сім'ї на сьогодні, слід звернути увагу на те, яким воно було в минулому, який шлях пройшло у своєму розвитку разом з усією романо-германською правовою сім'єю і які характерні риси та особливості цього розвитку.

Насамперед слід зауважити, що серед усіх існуючих правових груп вказана правова сім'я завжди займала і займає особливе місце. За твердженням Р. Давида і К. Жоффре-Спінози, романо-германська правова сім'я є «першою правовою сім'єю, з якою ми зустрічаємося в сучасному світі і яка виступає як би продовженням римського права, результатом його еволюції, хоча і жодним чином не є його копією» [43, с. 273 – 274].

До складу романо-германської правової сім'ї входять правові системи країн континентальної Європи, Африки, Латинської Америки, країн Близького Сходу. Країни континентальної Європи з низки специфічних ознак поділяються на дві групи: романську і германську. У першу групу входять правові системи

Франції, Італії, Іспанії, Бельгії, Люксембургу та Голландії. До другої групи належать правові системи Німеччини, Австрії, Швейцарії та інших країн.

Загальновизнаним центром розвитку романо-германської правової сім'ї вважається континентальна Європа. Розглядаючи історію становлення і розвитку романо-германської правової сім'ї, складовою частиною якої є суддівське право, дослідники виділяють три основних періоди її еволюції [42, с. 23 – 24].

Першим періодом становлення і розвитку романо-германської правової сім'ї вважається період до XIII ст. Адже саме XIII ст. слід вважати часом появи з наукової точки зору системи романо-германського права. До цього часу йшов процес накопичення відповідного матеріалу, вивчення його й узагальнення, створення передумов для формування єдиної системи романо-германського, континентального права.

Система правосуддя в цей період, якщо можна говорити про таку, була роз'єднана і аморфна. У судових процесах панувало звернення до надприродного із застосуванням інквізиційної системи доказів. Виконання судових рішень ніяк не забезпечувалося. У цей період право існувало лише формально. Адже на даному етапі розвитку західного суспільства і навіть у більш пізньому Середньовіччі право навіть не викладалося. Християнське суспільство керувалося у вказаний період ідеалістичними поглядами на братерство та милосердя, ніж правом.

Другий період розвитку романо-германської правової сім'ї охоплює проміжок часу з XIII до XVIII ст.ст. Характеризуючи цей період у розвитку романо-германської правової сім'ї, Р. Давид писав, що «нове суспільство знову усвідомило необхідність права». Воно почало розуміти, що тільки право може забезпечити порядок і безпеку, яких «вимагає божественний задум і які необхідні для прогресу» [43, с. 243 – 244].

У цей же час ідеал християнського суспільства, заснованого тільки на милосерді, був відкинутий. Сама церква, визнавши це, стала більш чітко

розрізняти релігійне суспільство – суспільство віруючих і світське товариство – суд совісті і правосуддя.

Романо-германська правова сім'я спочатку набирала силу і розвивалася безвідносно до тенденцій посилення централізації влади і здійснення яких би то не було політичних цілей. Її фундаментом з самого початку слугувала спільність культури і традицій західно-європейських країн. Основними засобами поглиблення і поширення ідей, що лежать в основі романо-германського права, стали європейські університети. Саме в них вперше була усвідомлена і проведена в життя ідея рецепції римського права, його нового осмислення, «очищення» і пристосування до загальносуспільних тенденцій. Була вироблена університетська концепція права, яка трактувала його як належне (те, що потрібно робити), а не як суще (те, що робиться насправді). Були вироблені підходи до вивчення права і його джерел, відповідно до яких рекомендувалося розглядати право не стільки в чисто практичному, скільки в академічному плані, досліджувати в широкому соціальному аспекті, з точки зору «наповнення» його принципами гуманізму, добра і справедливості [223, с. 138 – 147].

У міру подальшого розвитку європейського суспільства еволюціонувало відповідно й право. Змінювалося не лише уявлення про нього, а й ставлення до нього. В університетських програмах і курсах пріоритетне ставлення до римського права поступово змінювалося прагненням сформулювати такі принципи права, які були б виразом не тільки академічних, а й раціоналістичних начал.

Третій період у розвитку системи романо-германського права, значною мірою підготовлений школою природного права, асоціюється з посиленням розвитком і кодифікацією законодавства в європейських країнах. Даний період, згідно з прийнятою хронологією, продовжується і по даний час.

Характерним для кінця другого і початку третього періоду є те, що перемога в країнах континентальної Європи буржуазних революцій докорінно змінила або повністю скасувала феодальні правові інститути. Було внесені

істотні поправки в уявлення про право як явище та перетворено закон з другорядного на основне джерело романо-германського права.

Цей період можна умовно охарактеризувати як період панування позитивного права та активних кодифікаційних процесів. Не останню роль відігравали й звичаї та правові доктрини. Певне значення в європейському континентальному праві надавалося судовій практиці. На відміну від системи англоамериканського права, судова практика в романо-германській правовій сім'ї відігравала незрівнянно меншу роль. Але тим не менше її не можна не враховувати як джерело права. Це в першу чергу стосується цивільного, трудового, адміністративного та деяких інших галузей права.

Зростання ролі судової практики обумовлено тим, що закони та інші нормативно-правові акти регулюють суспільні відносини в узагальненій, абстрактній формі, а життя завжди багатше, складніше будь-яких формальних настанов. Тому, застосовуючи закон, суд часто не знаходить правової норми для вирішення даної справи. Відмовитися від розгляду спору на цій підставі суд не може, тому в нього залишаються два варіанти дій: або виходячи із загальних принципів тієї чи іншої правової системи, встановити нову норму, або так витлумачити подібну діючу норму, щоб поширити її на даний випадок і покласти в основу свого рішення, так створюються нові норми, які застосовуються в практиці іншими судами, отримуючи обов'язкову силу і стаючи судовим прецедентом [22].

Разом з тим, слід враховувати, що судовий прецедент у романо-германській правовій сім'ї розуміється як інститут усталеної судової практики, який є «інструментом правотворчості судів країн континентального права» [149, с. 35].

Суди країни континентального права за усталеним уявленням не можуть прецедентом створювати норми права. Але правотворення не обмежується встановленням текстів норм, а включає в себе інтерпретацію та тлумачення закону [117, с. 56]. Йдеться, звичайно, не про так зване «офіційне тлумачення» (яке вправі давати органи конституційної юрисдикції), а про тлумачення у

судовій практиці, без якого правозастосування є неможливим. Таке тлумачення, що дається судом при розгляді справ, не має загальнообов'язкової сили і має значення лише для сторін у цих справах.

Водночас якщо інтерпретація щодо певного правового питання поширюється настільки, що стає загальнозастосовуваною, усталеною, можна говорити про здійснення правотворення судовою практикою. Дійсно, якщо виходити з того, що право діє саме так, як його «здійснюють», тобто як і наскільки його буде дотримано (право як «закон у дії» [19, с. 17]), то можна дійти висновку, що встановлення правила поведінки не слід зводити до словесної форми норми права, а слід включати до цього поняття і тлумачення. З цього випливає правотворча функція усталеної судової практики. Тому, на думку дослідника Ю. Попова, усталена судова практика є джерелом права країн романо-германської правової сім'ї [149, с. 37].

Істотною відмінністю континентального прецеденту від англоамериканського є те, що останній може бути створений одним судовим рішенням, в той час як континентальний прецедент створюється більш демократично – завдяки появі низки судових рішень [92, с. 165], тобто не нав'язується «зверху», а виникає якщо не внаслідок консенсусу [20, с. 86], то принаймні внаслідок сприйняття правової позиції значною частиною юридичної спільноти.

Отже, прецедент у країнах «писаного права» відіграє зазвичай другорядну роль: не конкретні казуси, а закони мають юридичну силу. Судові рішення не розглядаються як фіксація норм права, оскільки, незалежно від судової практики, тут вже склалося цілком самодостатнє право. Як справедливо зазначає М.М. Марченко, відсутність законодавчого закріплення та забезпечення місця і ролі прецедентів у системі інших джерел романо-германського права, їх законодавче замовчування або ж формальна юридична заборона правотворчої діяльності судів у тих чи інших країнах не сприяє усвідомленню реальної важливості прецедентів у континентальному праві та

узагальненню відповідної правотворчої та правозастосовної практики судів [118, с. 106].

Специфічні тенденції розвитку ідеї прецеденту в романо-германській правовій сім'ї знайшли своє місце в давньоруській правовій традиції. Становленню та розвитку судового прецеденту в системі джерел права Київської Русі визначали загальноєвропейські тенденції, які мали власну специфіку для правових систем Західної Європи [222, с. 126]. Основною тенденцією того часу, як стверджував дослідник С.В Шевчук: «була відсутність чіткого розрізнення між основним джерелом права – звичаєм та прецедентом, роль якого була субсидіарною, та який лише підтверджував існування цього звичаю» [209, с. 117].

Світське право Руської держави перебувало під впливом загальних цивілізаційних тенденцій, характерних для періоду укладення перших європейських кодифікацій: Салічної правди, законів Альфреда Великого, Саксонського Зерцала і т.д. Адже саме під церковним впливом, як і в меровінгівській Франції та донорманівській Англії, у Київській Русі відбувалася кодифікація звичаєвого та прецедентного права (саме судовим рішенням підтверджувалася наявність певного звичаю), як результат, було укладено першу кодифіковану пам'ятку права – Руську правду.

У формуванні права Київської Русі значну роль відіграла судова діяльність князів, яка сприяла як трансформації старих звичаїв у норми права, так і створенню нових правових норм. Судовим рішенням надавалося значення загальної норми. Посилання на конкретні судові рішення можна знайти, наприклад, у ст. 23 Короткої правди та статті 2 Розширеної правди, де було зазначено: «Так судив Ярослав, так вирішували і його сини». З приводу цього сучасна дослідниця Я.В. П'янова вказує на те, що на Русі до судових прецедентів належали рішення князів, які згодом отримали своє закріплення в Руській правді [160, с. 32].

До юридичних джерел литовсько-руського права дослідник Д.П. Ващук, окрім інших відносив судові декрети, при цьому зазначаючи: «Правовий

прецедент був другорядним джерелом литовсько-руського права, в результаті судово-адміністративні урядники у своїй службовій діяльності використовували практику судів» [28, с. 21].

Багато актів судових органів усіх рівнів Української козацької держави XVII – XVIII ст.ст. були прецедентами застосування звичаєвого права, яке, як відомо, було основним джерелом права Запорізької Січі. Адже в адміністративній і судовій практиці тогочасної держави широко використовувалися адміністративні і судові прецеденти. Велика кількість джерел цього періоду, зокрема «Інструкція судам» гетьмана Д. Апостола, свідчить про застосування суддями судового прецеденту, зокрема, у присязі судді сказано «клянуся розглядати справи по суті без будь-якого упередження, не допускаючи тяганини та «сприятельства», не ухиляючися від служби, керуючися законом, а якщо «право мовчало», тобто не регулювало конкретних відносин, – «совістю, прикладом інших прав християнських і прецедентом» [26, с. 123 – 127].

Документальне підтвердження застосування судового прецеденту в правовій системі Гетьманщини було закріплено у видатній кодифікованій пам'ятці права Гетьманщини «Права, за якими судиться малоросійський народ» 1743 р. у якій містилася норма, за якою суддя має судити за цим правом і за записаними в ньому артикулами, а якщо відповідний артикул відсутній, то судді, виходячи із справедливості, мають судити за сумлінням, з урахуванням раніше суджених цим самим правом подібних справ [155, с. 317].

У цей же час на українських землях у складі Російській імперії особливо активно стали обговорюватися питання про відношення права, закріпленого у вигляді правових норм, щодо права «живого», яке формується в ході процесуальної діяльності; як закон охоплює і спрямовує діяльність судді; в чому полягає підзаконність судової влади і яке значення повинна мати творча діяльність суду та вільний суддівський розсуд. «Треба дивитись на те право, яке живе в народі і виражається в його поведінці, в його вчинках, в його угодах, а не те право, яке встановлено в параграфах кодексів» [78, с. 347]. Останній

вислів належить перу українського вченого Б.О. Кистяківського. Він також наголошував, що в контексті європейської правової традиції закон не є єдиним джерелом права, поряд з ним існують інші важливі джерела – звичаї, судова практика, правова доктрина – і закон має сенс лише в єдності з ними [77, с. 143 – 149].

Відомий правознавець С.Є. Десницький ще в середині XVIII ст. стверджував: «справи вони повинні судити по правах ... якщо прав не буде вистачати, по справедливості та істині, ... тому що всіх подій у жодній державі неможливо обмежити і передбачити, для цього необхідність вимагає в таких непередбачених випадках дозволити суддям вирішувати і судити справи по совісті і справедливості» [69, с. 306].

Професор Є.М. Трубецької також визнавав самостійне значення судової практики як джерела права і посилався на видання Судових Статутів імператора Олександра II. У них вперше приписувалось суду не зупиняти прийняття рішення через незрозумілість чи суперечливість існуючих законів, а вирішувати непередбачувані законом випадки на основі загального розуміння всього законодавства [188, с. 132].

Відомий вчений С.А. Муромцев до визначення місця судової практики в системі джерел права виходив саме з точки зору свободи, що надається судді: «Законодавча функція ніколи не була і не може бути відокремлена від влади судової, і «тлумачення» або «застосування» закону завжди містить у собі явне чи приховане перетворення його ... Стоячи обличчям до закону недосконалого ... суддя повинен покладатися негайно на свої власні сили і серйозно приступати до регламентації цивільно-правового порядку, не очікуючи поки законодавець доповнить допущенні ним прогалини» [126, с. 391 – 393]. Таким чином він повністю виступав за розширення меж суддівського розсуду і встав на захист поглядів школи «живого права».

З настанням радянського періоду в національній історії основним елементом всієї правової дійсності виступає виражене законом правило – норма

(звідти власне і походить назва цього наукового напрямку), в якій міститься воля держави (пануючого класу).

Разом з тим, в Українській РСР тенденції навколо судового прецеденту також отримали своє визнання, попри те, що соціалістична правова доктрина заперечувала прецедент, як такий. Професор Б.М. Топорнін з цього приводу зазначав, що будь-які спроби надання судовому прецеденту характеру джерела права трактувалися як шкідливе та небезпечне заняття, яке визначалося самим розумінням права в СРСР. Завдання радянських судових органів полягало у здійсненні правосуддя, яке передбачало застосування закону, а будь-яка правотворчість при розгляді конкретних справ виключалися [187, с. 38].

Хоча слід зауважити, що соціалістична доктрина щодо визнання прецедентного характеру актів судової влади загалом відтворювала загальноєвропейську тенденцію Великої французької революції та правового позитивізму країн кодифікованої спрямованості. Адже радянська правова доктрина виникла на основі впливу російської імперської системи права [224, с. 225]. У свою чергу професор К.Б. Ярошенко вказував на існування двох передумов судової правотворчості у радянській судовій системі: 1) існування дореволюційної практики судової правотворчості Сенату; 2) практикуючі юристи та судді були обізнані з цією судовою правотворчістю [220, с. 136 – 137]. Існування таких тенденцій забезпечило право Верховному Суду СРСР видавати обов'язкові керівні роз'яснення, на зразок тих, що видавалися імперським Сенатом на підставі статті 259 Укладення судових установ 1877 р. Правовою основою цього став Декрет ВЦВК і РНК від 10 березня 1921 р., на підставі якого Верховний Суд СРСР видавав «керівні роз'яснення» [195, с. 101]. Опісля Конституція СРСР 1924 року закріпила положення про – можливість верховних судів союзних республік надавати керівні роз'яснення з питань загальносоюзного законодавства [89], також у статті 75 Закону СРСР «Про судоустрій СРСР, союзних та автономних республік» від 16 серпня 1938 року було закріплено, що Пленум Верховного Суду СРСР дає «керівні вказівки з питань судової практики, прийнятих по розглянутих Верховним Судом СРСР

судових справах» [58]. Тобто, як зазначав дослідник С.В. Шевчук, ці керівні вказівки та роз'яснення формально мали рекомендаційний, а фактично – імперативний характер. Таким чином, «фактична юридична сила керівних вказівок не викликала у суддів сумнівів» [209, с. 339].

Це право надавати керівні роз'яснення з питання застосування республіканського законодавства було закріплено за Верховним Судом УРСР Законом УРСР «Про судоустрій Української РСР» від 30 червня 1960 року та у статті 40 Закону УРСР «Про судоустрій» від 5 червня 1981 року [65, 66]

Таким чином, де-факто судова практика, викладена у роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду СРСР, визнавалась джерелом права, оскільки в судових рішеннях допускалися посилання на них як на правову основу вирішення справи [55, с. 78]. З початку це відбувалося в силу високого авторитету Верховного суду та успадкованої з царських часів традиції, але згодом така практика була дозволена законом. Хоча, як вважає професор Б.М. Топорнін, мало хто з радянських фахівців визнавав такі керівні роз'яснення джерелом права, а тема судової практики у зв'язку з теорією джерел права, як правило, не порушувалась. Водночас у радянській науці відносно велика увага надавалася судовому прецеденту лише у країнах загального права, й то, головним чином, з метою критики імперіалістичної держави та права [187, с. 9 – 40].

Отже, наявність судового прецеденту на доктринальному рівні у СРСР категорично заперечувалося, однак на практиці ці явища існували, «прикриваючи своє існування різними легальними формами» [1, с. 20], а саме у формі: 1) керівних роз'яснень Пленумів та 2) рішень пленумів, судових колегій Верховного Суду СРСР, верховних судів союзних республік, а також їхніх президіумів щодо конкретних кримінальних та цивільних справ, які оприлюднювались та слугували певним «взірцем» при вирішенні аналогічних справ. Вважалося, що вплив цих актів може бути безпосереднім та опосередкованим. Під безпосереднім впливом розумілася обов'язковість цих керівних роз'яснень Пленуму з питань застосування права для суду, який

вирішує конкретну справу, а під опосередкованим – сприйняття положень, що сформульовані в окремих судових актах, іншими судами, що розглядали аналогічні справи, виключно в силу переконливості аргументації прийнятого рішення з позицій чинного законодавства [220, с. 121-122].

Також можна вважати, що у сучасній Україні склалась певна «традиція розуміння» того, що постанови Пленуму, де надаються роз'яснення, є обов'язковими для суддів навіть незважаючи на те, що на законодавчому рівні ці роз'яснення позбавлені «керівної» сили. Адже обов'язковість цих постанов пояснюється ще російсько-радянською традицією розуміння їхньої юридичної сили. Зокрема, положення абзацу 4 пункту 6 Постанови від 29 грудня 1976 року за № 11 «Про судові рішення» (з відповідними змінами) визначають: «Мотивувальна частина кожного рішення повинна мати також посилення ... в необхідних випадках – також на відповідні керівні постанови Пленуму Верховного Суду України» [153, с. 255 – 259].

Таким чином, попри небажання країн романо-германської правової сім'ї, до яких входить й Україна, не визнавати на офіційному рівні судовий прецедент джерелом права, останнім часом прослідковується тенденція зростання ролі судової практики в системі джерел права. Спостерігається процес зближення загального і континентального права крізь призму послаблення віри у примат закону. В законі починають вбачати лише вираз загальних принципів. Тому судова практика стає самостійним джерелом права. Водночас в англо-американському праві намітилася протилежна тенденція. Із зростанням масового виробництва, посиленням планових засад в економіці значно розширилося коло проблем, вирішення яких потребує звернення до абстрактних норм. Проте завдяки різниці у методах тлумачення зберігається значною мірою й різниця між правовими сім'ями.

2.2 Судовий прецедент: поняття, зміст, види

Як відомо найбільшого поширення судова правотворчість набула у країнах англо-американського права. Попри це термін судовий прецедент походить з латинської мови й у сучасних європейських правових системах вживається як усталена судова практика.

Саме поняття «прецедент» є неоднозначним і набуває різного значення у різних правових системах. У сучасній українській правовій системі судовий прецедент офіційно не визнається джерелом права, однак в порівнянні з радянською системою права відношення до нього стало більш лояльним.

У зв'язку із змінами в економічних, політичних, правових, соціальних відносинах нормативно-правові акти, як основне джерело права, не в змозі охопити і врегулювати нові суспільні відносини, що виникають у суспільстві у зв'язку із довготривалою законодавчою процедурою їх прийняття. Допомогти подолати прогалини в законодавстві покликаний судовий прецедент, що створюється вищими судовими органами України (Конституційний Суд України, Верховний Суд України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільний і кримінальних справ, Вищий господарський суд України, Вищий адміністративний суд України).

В цьому аспекті цікава позиція російського вченого В.М. Сінюкова, який вважає, що в якості джерела права слід визнавати юридичний прецедент, що відіграє важливу роль у сучасному правовому регулюванні та «связывающей право с жизнью» [171, с. 246].

У науковій літературі судовий чи юридичний прецедент розглядаються як рівнозначні поняття, оскільки являються словами синонімами. Юридичний прецедент являє собою рішення органу державної влади, що приймається як приклад для подальшого розгляду аналогічних справ. Суть юридичного прецеденту полягає в тому, що раніше прийняте рішення державним органом (судовим чи адміністративним) по конкретній справі набирає силу правової норми для подальшого застосування в аналогічній категорії справ [196, с. 185].

Отже, юридичний прецедент можна класифікувати на адміністративний і судовий прецеденти. Адміністративний прецедент – це рішення адміністративно-виконавчого органу державної влади, який використовується як зразок для подальшого розгляду аналогічної категорії справ.

Судовий прецедент – це рішення, прийняте вищим судовим органом з конкретної справи та являється обов'язковим для інших судів при розгляді аналогічної категорії справ.

Щодо судового прецеденту зазвичай обґрунтування у конкретному рішенні (порядок мотивації рішення) вважається визначальним для вирішення у всіх подальших справах, обставини яких є подібними до тих, що були у попередній справі за всіма відповідними аспектами [111, с. 46]. Але таке визначення є надто спрощеним, оскільки більшість справ можуть бути схожими в окремих аспектах, але розрізненими за конкретними обставинами. Саме тому слід з'ясувати, які саме аспекти є важливими, а які ні. Як правило, з'ясувати ці аспекти є непростим завданням до моменту, коли судові рішення набуде свого визнання у подальшій судовій практиці. Як слушно зауважує М.М. Марченко, «поняття прецеденту, як і будь-якого іншого джерела права, і насамперед нормативно-правового акта – доволі складне і багатозначне, в значній мірі залежить від багатьох факторів і в той же час прямо відображає історичні, соціальні, політичні і інші традиції та специфічні умови існування того правового середовища, в межах якого прецедент виник і функціонує» [119, с. 3].

В останні десятиліття дослідження проблем, що стосуються визначення судового прецеденту як одного з джерел права, стало традиційним не тільки для зарубіжної юридичної науки, але і для вітчизняного правознавства. Про це свідчить значна кількість наукових праць та розробок. Але, незважаючи на посилену увагу до цієї теми, багато питань, що стосуються судового прецеденту, в тому числі ті, які є далеко не другорядними для глибокого і різнобічного розуміння цього правового феномена, залишаються поза увагою дослідників.

Отож звернемося до визначення поняття прецеденту. Слід одразу наголосити на тому, що в науковій літературі відсутня єдина дефініція поняття як прецеденту, так і судового прецеденту.

В оксфордському словнику поняття «прецедент» визначається як «приклад чи справа, які приймаються або можуть бути прийняті в якості зразка чи правила для наступних справ, або за допомогою якого може бути надано підтвердження чи пояснення певного аналогічного акту чи обставини» [92, с. 7 – 8].

В юридичному енциклопедичному словнику прецедент (з лат. *praecedens*, *praecedentis* — попередній) визначається як поведінка в конкретній ситуації, яка розглядається як зразок за аналогічних умов [20, с. 20 – 21].

Вивчаючи проблему визначення судового прецеденту, необхідно окреслити підходи, які існують в юридичній літературі. Досліджуючи зміст поняття прецедент, російський дослідник початку ХХ ст. Г.В. Демченко надає розширене визначення, під яким він розуміє «будь-який акт судової діяльності, який може слугувати зразком або прикладом на майбутнє. Тому, як іноді кажуть, значення судового прецеденту мають не тільки рішення або вироки суду, але й окремі ухвали або постанови органів судової влади, а також усі загалом дії, що вчиняються протягом процесу» [44, с. 7 – 8]. Сучасний російський дослідник О.М. Коростелкіна вважає, що судовий прецедент у національному праві — це рішення судового органу, що є обов'язковим не тільки для учасників справи та того, хто застосовує право, але й для самого суду в аналогічних справах, та є орієнтиром для інших правозастосовувачів та учасників аналогічних правовідносин [87, с. 116 – 117]. У свою чергу Н.А. Подольська додає, що «судовий прецедент — це рішення суду вищої інстанції з конкретної справи, яке прийнято вищою, апеляційною або касаційною інстанцією або у процесі нормативного чи казуального тлумачення правових норм, що опубліковане в юридичному виданні, та є не тільки актом застосування права, але й таким, що містить норми права, що є обов'язковими для застосування як цим судом, так й судом рівної юрисдикції і нижчим судом»

[144, с. 149]. Судовий прецедент з огляду на його правову природу є «рішенням з конкретної справи, що є обов'язковим для судів тієї ж або нижчої інстанції при рішенні аналогічних справ або є зразком тлумачення закону, що не має обов'язкової чинності» [47, с. 358].

Цікавим з цього приводу є дослідження французького вченого Рене Давида, який у своїй книзі «Основні правові системи сучасності» дає таке визначення судового прецеденту: «це рішення по конкретній справі, що є обов'язковим для судів тієї чи нижчої інстанції при вирішенні аналогічних справ чи слугує зразком тлумачення закону, не маючи обов'язкової сили» [43, с. 116].

Російський дослідник В.С. Нерсисянц вважає, що судовий прецедент – «... це судові рішення з конкретної справи, що має значення загальнообов'язкового правила для такого вирішення всіх аналогічних справ. Право приймати рішення, мають лише вищі судові інстанції (у відповідності до встановлених правил прецеденту)» [128, с. 134]. Інший російський вчений П.А. Гук трактує судовий прецедент як судові рішення вищого органу судової влади з конкретної справи, що приймаються згідно з певною юридичною процедурою та містять правоположення (роз'яснення або тлумачення закону), що слугує обов'язковим правилом застосування для аналогічної категорії справ у майбутньому та офіційно опубліковані [42, с. 68].

Досить простим для розуміння є визначення прецеденту, яке надає сучасний український дослідник Л.А. Луць. Вона трактує прецедент як те, що сталося в минулому і є прикладом для майбутніх подібних випадків [106, с. 13].

З наведених міркувань вбачається, що автори спільні в основному – прецедент встановлює правило поведінки, яке «повинно враховуватися» або розглядатися як зразок у майбутньому. При цьому судовий прецедент створюється не будь-яким судом, а лише вищим органом судової влади і з конкретної справи. У випадку, якщо судові рішення нижчестоящего суду «пройде» всі судові інстанції і буде залишене без змін вищим судовим органом, тоді можна говорити, що суд виробив прецедент, але лише в тому випадку,

якщо створені нові правові норми регулюють суперечливі суспільні відносини. В цьому випадку доцільно врахувати точку зору Л.Б. Алексєєвої: «під судовим прецедентом розуміється вироблений судовою практикою і підтверджений авторитетом вищого судового органу країни зразок застосування закону» [2, с. 2].

Таким чином, сутність судового прецеденту полягає в наданні нормативного характеру актам суду. Якщо за зразок брати правильне застосування закону, затверджене судовим рішенням вищої судової інстанції, в такому випадку має місце прецедент тлумачення і роз'яснення закону.

Елементи судового прецеденту присутні і в сучасній українській правовій системі, що пов'язано насамперед з діяльністю Конституційного, Верховного та Вищих спеціалізованих судів, про що детальніше йтиметься у наступних розділах дисертаційного дослідження.

Як ми бачимо, однозначного підходу до розуміння судового прецеденту в спеціальній літературі немає. Водночас, з наведених вище визначень можна сформулювати ознаки судового прецеденту, що в подальшому дозволить сформулювати власну дефініцію досліджуваного поняття.

На думку Л.А. Луць, судовий (правовий) прецедент повинен характеризуватися такими ознаками:

бути формально обов'язковим волевиявленням правозастосовного суб'єкта (судового органу), який водночас може здійснювати і нормотворчі функції, містити норму чи принципи права;

мати письмову та юридичну зовнішню форму виразу, властиву актам суб'єкта нормотворення;

виникати при відсутності нормативно-правової регламентації (наявності прогалин);

застосовуватися при розгляді аналогічних справ;

забезпечуватися державою (державами);

поширювати дію лише на суб'єктів та відносини в аналогічних справах;

мати обов'язковий характер, як правило, для суб'єктів застосування права [106, с. 13-14].

Виокремлюючи ознаки судового прецеденту як джерела права, С.К. Загайнова говорить про такі:

вносяться при розгляді конкретної справи;
містять у собі правову норму, внаслідок чого нижчестоящі суди посиляються на нього у своїх подальших рішеннях;

обов'язковий для застосування всіма судовими інстанціями [67, с. 54].

Російський дослідник А.П. Гук до характерних ознак судового прецеденту відносить такі:

створення судового прецеденту тільки органами судової влади, а саме вищими судовими органами;

судовий прецедент вимагає певної юридичної процедури;

судовому прецеденту належить обов'язковість застосування;

судовий прецедент підлягає офіційному опублікуванню як правило у спеціальних збірниках [42, с. 68].

Російський вчений М.М. Марченко, здійснивши аналіз «правового феномену, названого прецедентом», виходячи з «прецедентного» досвіду різних країн, сформулював такі ознаки досліджуваного нами явища:

породження судових прецедентів лише вищими судовими інстанціями;

нормативний характер, що виявляється в змісті прецеденту як загальних норм, так і зародження правових принципів;

загальнообов'язковий характер прецеденту як для нижчих судів, так і для всіх інших державних органів і посадових осіб;

певна пов'язаність вищих судових інстанцій своїми власними рішеннями;

оприлюднення судових рішень прецедентного характеру в бюлетенях або інших офіційних виданнях і в цьому сенсі – писаний характер прецеденту;

формування і функціонування прецеденту на основі чинного законодавства і в цьому сенсі – його вторинний характер у порівнянні з законом;

виступ прецеденту в якості джерела права;

спрямованість прецедентів не тільки на більш ефективний і кваліфікований розгляд судами конкретних справ, а й на усунення прогалин у праві і двозначностей в законах та інших нормативних правових актів [119, с. 112 – 113].

Вказаний вище перелік загальних ознак і рис, властивих прецеденту, на нашу думку, не є вичерпним, але він дає можливість скласти загальну, незалежну від національних особливостей, модель прецеденту, уявлення про судовий прецедент, а також сформулювати дефініцію останнього.

Отже, судовий прецедент можна визначити як формально визначене правило поведінки, яке міститься в рішенні суду найвищої або вищої судової інстанції, створене у процесі розгляду останніми конкретної справи або шляхом узагальнення судової практики, спрямоване на усунення прогалин законодавства та/або вироблення найефективнішої реалізації правових приписів та має загальнообов'язковий характер при вирішенні судами аналогічних справ, а також для правозастосування іншими суб'єктами [114, с. 30 – 31].

На нашу думку, цілком логічним, враховуючи поширення судового прецеденту в системі джерел права багатьох правових систем світу, є існування окремих видів зазначеного «правового феномену».

Проте, перш ніж говорити про види судових прецедентів, необхідно усвідомити форму, структуру, зміст прецеденту; визначити яка частина судового рішення становить правову норму для застосування у практичній діяльності.

Найбільш прийнятним прикладом такого розуміння і застосування є класичне англійське правило прецеденту. Основна його думка полягає в тому, що суди повинні дотримуватися рішень, прийнятих вищим судом. Судовий прецедент в тій чи іншій мірі володіє переконливою силою, оскільки *stare decisis* (вирішити так, як було вирішено раніше) є загальним правилом застосування, яке сприяє сталості та визначеності в праві.

Правило прецеденту у класичному англійському розумінні можна сформулювати наступним чином: по-перше, рішення, що виносяться Палатою лордів, становлять обов'язкові прецеденти для всіх судів і для самої Палати лордів; по-друге, рішення, прийняті Апеляційним судом, обов'язкові для всіх судів, крім Палати лордів; по-третє, рішення, прийняті Високим судом, обов'язкові для нижчих судів, не будучи імперативно обов'язковими, мають переконуюче значення, і зазвичай використовуються як припис та вказівка різним відділенням Високого суду і Суду Корони.

Кожне судове рішення містить певні складові частини: установчу, мотивувальну і висновок. В установчій частині викладаються факти справи, прямі та непрямі докази. Мотивувальна частина містить виклад правових принципів, які застосовуються до конкретних правових проблем, що виникають у ході розгляду справи.

Висновок – це рішення по справі, яке виніс суд на підставі застосування правових принципів до встановлених фактів у справі. Для сторін у справі саме ця частина рішення є найбільш важливою, так як остаточно встановлює їх права і обов'язки.

Однак слід враховувати той факт, що структура судового прецеденту не співпадає зі структурою судового рішення. Судовий прецедент міститься у мотивувальній частині судового рішення, а його знаходження та визначення змісту залежить від правильного відокремлення *ratio decidendi* (з лат. – «основа для вирішення») від *obiter dicta* (з лат. – «сказано між іншим»).

Призначення судового рішення, як правило, спрямоване на вирішення індивідуальної справи або спору індивідуального характеру, а судового прецеденту – встановлення нормативної основи для вирішення аналогічних справ у майбутньому та зміцнення одноманітності та єдності судової практики. Отже, судове рішення – це акт індивідуального характеру, яке має точну кількість адресатів своєї дії, в той час, коли судовий прецедент має нормативне значення, застосовується щодо попередньо невизначеної кількості суб'єктів права. Адресатів судового рішення найбільше цікавить його установча частина,

тоді коли при застосуванні прецеденту головним аспектом його дії є мотивувальна частина судового рішення, в якому він міститься.

Таким чином, найбільш істотним елементом судового рішення, його обов'язковим прецедентом (з точки зору доктрини прецеденту) є саме мотивувальна частина – *ratio decidendi*. За твердженням Р. Уолкера, «*ratio decidendi*» може бути визначене як застосування до правових питань, що виникають у зв'язку з встановленими судом фактами, правоположення, на якому ґрунтується рішення [189, с. 159]. *Ratio decidendi* складають наступні елементи: 1) обґрунтування, чому саме така норма права (принцип) застосований у справі щодо фактів; 2) внутрішнє правило цього обґрунтування та 3) норма права (принцип), що призводить до певного результату (*holding*).

Слід також погодитися з англійським професором Р. Кросом, який зазначає: «Не все, що стверджує суддя в ході обговорення свого рішення, буде прецедентом ще й тому, що з числа сформульованих ним правоположень тільки ті, які він вважає необхідними безпосередньо для свого рішення, утворюють *ratio decidendi*, а інше, таким чином, буде *obiter dictum* (попутно сказаним). Коли, відповідно до англійської доктрини *stare decisis* (вертикальна дія прецеденту), суддя зобов'язаний наслідувати прецедент, він застосовує *ratio decidendi* цього прецеденту, навіть якщо він повністю не згоден з ним» [92, с. 113 – 114].

Частина рішення, що представляє собою *obiter dictum*, також завжди приймається до уваги і дотримується суддями, але вона має силу прецеденту лише переконливої дії і покликана надавати допомогу суддям при розгляді справ у майбутньому.

Однак, якщо *ratio decidendi* якого-небудь більш раннього рішення є хоча б просто переконуючим прецедентом, суддя повинен приймати його до уваги у справі, яку він буде розглядати пізніше, лише в тому разі, коли останній не знайде правових підстав діяти інакше. У таких випадках *ratio decidendi* становить прецедент, і відмінність між переконуючим прецедентом і *obiter*

dictum майже збігається з відмінностями між обов'язковим і переконуючим прецедентом.

Різниця між судовими прецедентами дає підставу для поділу їх на види. Як вважає професор А.В. Ціхоцький, в даний час існує велика кількість класифікацій судових прецедентів згідно різних критеріїв, що полегшує їх застосування в судовій практиці (залежно від ступеня імперативності розрізняють прецеденти обов'язкові і необов'язкові, в свою чергу перший вид ділиться на дві підгрупи: абсолютно обов'язкові і умовно обов'язкові) [201, с. 120 – 121].

Також у правовій літературі можна зустріти й інші види судових прецедентів. Наприклад Г.Ф. Шершеневич, досліджуючи правову природу судового прецеденту, класифікував їх на рішення суду, що полягає у роз'ясненні суті вже даної норми, та рішення, яким створено нову норму за умови «мовчання закону або звичаю» [208, с. 213 – 214]. На теперішній час така класифікація отримала свій розвиток у працях С.М. Лепетюка, Г.Б. Євстигнєєвої, С.В. Сапуліна [102, с. 96; 53, с. 99 – 100; 172, с. 114 – 115]. На думку А.К. Романова, судові прецеденти бувають обов'язковими та переконуючими [156, с. 118]. І.Ю. Богдановська, крім іншого, говорить про правильні та неправильні прецеденти [18, с. 5 – 6].

На нашу думку, різновиди судового прецеденту міститься в самій доктрині прецеденту та їх можна умовно розділити на прецеденти за юридичною силою, правовим змістом та по галузями права.

Прецеденти за юридичною силою, відповідно до існуючої доктрини, класифікуються на обов'язкові, переконуючі та відкинуті.

Обов'язковий характер прецеденту представлений рішенням суду в *ratio decidendi*, правова основа якого є обов'язковою для інших судів. Місце суду в ієрархії системи судів має величезне значення, оскільки від цього залежить юридична сила прецеденту, який становить рішення цього суду. Будь-який суд зобов'язаний дотримуватися прецеденту вищестоящего суду, а також пов'язаний своїми власними рішеннями та рішеннями судів рівної юрисдикції.

На прикладі України такий обов'язковий характер, на нашу думку, мають рішення Конституційного Суду України, а також рішення Верховного Суду України, прийняті за результатами перегляду судових рішень судів касаційної інстанції з питань неоднакового застосування норм матеріального права.

Прецеденти нижчестоящих судів є переконуючими. У цьому полягає суть принципу *stare decisis*. До таких прецедентів в Україні можна віднести рішення Вищих спеціалізованих судів. На відмінну від обов'язкового прецеденту переконуючий прецедент представляє собою судове рішення, в якому немає правової аргументації стосовно предмету суперечки, воно наділене певним ступенем переконливості (*obiter dictum*) і не має обов'язкового характеру. Значення переконуючих прецедентів проявляється там, де суд усуває прогалини законодавчого регулювання.

В юридичній літературі, коли йдеться про ситуацію, в якій суд повинен прийняти те чи інше рішення при наявності прогалини в законодавстві, виникла найбільш цікава наукова дискусія про юридично коректне застосування поняття процесу «усунення прогалини» в судовій практиці.

Адже, одні автори говорять про «усунення прогалин» [4, с. 118 – 123; 55, с. 16 – 23; 201, с. 312] інші ж використовують поняття «подолання прогалин» [23, с. 63 – 64]. С.С. Алексєєв, зокрема, зазначав, що правозастосовний орган повинен у процесі застосування права, поруч із аналізом нормативного матеріалу, усунути («поповнити») прогалину в праві [4, с. 53]. В.В. Лазарєв навпаки стверджував, що прогалини в праві судом не заповнюються, а долаються «подібно до того, як подорожній долає перешкоду, що зустрілася на його шляху, не маючи сил її прибрати» [99, с. 159], зазначаючи при цьому, що заповнити прогалини може виключно законодавець. Хоча він і допускає тимчасове усунення прогалин приписами постанов Пленумів Верховного Суду СРСР та союзних республік до вирішення питання законодавчим органом. А.К. Безіна також дотримується цих тез, повністю погоджуючись з В.В. Лазарєвим і критикуючи С.С. Алексєєва, який, на її думку, «не розрізняє

діяльність правотворчих органів з подолання прогалин від діяльності правозастосовних органів у цій же сфері» [10, с. 82].

Не зосереджуючи увагу на мовознавчих аспектах, які безперечно мають значення для даної наукової дискусії, насмілимося припустити, що за її лаштунками завуальовано знаходяться насправді актуальніші проблеми в системі континентального права.

Метою цієї дискусії є спроба відповісти на такі питання: чи створюється чи не створюється судом у процесі усунення прогалин нова норма права? Чи є така норма загальною чи індивідуальною для конкретного випадку? Чи дійсно суд лише «долає» прогалину, тобто здійснює прийом юридичної логіки, намагаючись пристосувати її до якоїсь існуючої норми права, чи він усуває (поповнює) її шляхом створення нової норми, яка повинна слугувати взірцем для схожих судових справ з метою однакового застосування законодавства?

Ще професор С.І. Вільнянський зазначав, що при усуненні прогалин у праві не закон поширюється на схожий випадок, а створюється правова норма, що є центральним пунктом судової правотворчості [32, с. 106]. На нашу думку, конструктивною відносно цієї проблеми є точка зору, що була висунута С.М. Братусем і А.Б. Венгеровим. Вони стверджували, що суд, спираючись на схожість відносин, що не врегульовані правовою нормою, з відносинами, врегульованими іншою нормою, створює для вирішення справи нову норму, в якій є і схожі з діючою нормою, і відмінні від неї, риси. Отже, застосовується не діюча норма (якщо б це було так, то не виникало б і проблеми), а інше, хоча певною мірою і схоже, правило. Тому треба визнати, що прогалина в праві усувається не шляхом підведення неврегульованої нормою права ситуації під схожу норму, а шляхом створення судом за аналогією з нею іншої норми, на підставі якої виносяться рішення [178, с. 46 – 47].

Ми цілком підтримуємо цю тезу. Дійсно, суд, застосовуючи аналогію, по суті створює нову норму як основу вирішення справи для цього конкретного випадку, яка схожа з іншою нормою того ж джерела права (при застосуванні аналогії закону) чи нову норму, засновану на загальних принципах права, що,

можливо, схожа з нормою з іншого джерела права (при застосуванні аналогії права). Якщо це правоположення стає правилом, яким керуються суди при вирішенні схожих судових справ, і це правило відтворюється в загальнодоступних інформаційних джерелах, то в цій сфері результати судової практики безпосередньо використовуються як джерела права та різновид переконуючого судового прецеденту.

Прикладом переконуючих прецедентів для української правової системи, яка визнала у 2006 року абсолютну юрисдикцію Європейського суду з прав людини, можуть слугувати рішення Європейського суду прийняті за скаргами громадян України.

Стосовно відкинутих прецедентів, то на переконання вчених, предметом дослідження яких є прецедентне право Англії, судовий прецедент не втрачає авторитету з плином часу. Сила прецеденту з часом зростає, тому судді не схильні відкидати давні прецеденти, якщо тільки вони не є помилковими. У таких випадках суд відхиляє прецедент, який він вважає явно помилковим. У практиці такі прецеденти вважаються відкинутими.

Процедуру відхилення прецеденту слід відрізняти від процедури скасування рішення. Якщо в результаті апеляції змінюється рішення, то це буде скасоване рішення. Скасування відрізняється від відхилення тим, що в першому випадку змінюється все рішення, тоді як в іншому випадку порушується тільки правова основа рішення.

Прецедент може бути відкинутий законом або вищестоящим судом. Якщо він відкидається вищестоящим судом, то вважається, що судове рішення було винесено в результаті правильного розуміння права, а покладена в основу рішення правова норма ніби ніколи не існувала.

У цьому полягає деклараторна теорія загального права: загальне право ніколи не змінюється, воно просто заново правильно викладається. Отже, судове відхилення прецеденту завжди має ретроспективну дію. Цим воно і відрізняється від законодавчого скасування судового прецеденту, оскільки прецедент перестає діяти з того моменту, коли закон вступає в силу.

Інша відмінність судового відхилення прецеденту від статутного полягає в тому, що закони ніколи не вказують на прецеденти, дію яких вони припиняють, тоді, як судді здійснюють посилання на прецедент, що підлягає відхиленню.

За правовим змістом прецеденти поділяються: на прецедент з правовою нормою, прецеденти тлумачення та роз'яснення закону.

Термін «прецедент тлумачення правової норми», який вперше був застосований А.Б. Венгеровим, на його думку, позначає певні тенденції в правороз'яснювальній і правозастосовній діяльності, які здійснюють відносно самостійний, зворотний вплив на її результати. У рішеннях вищестоящих касаційних і наглядових судових інстанцій по конкретних справах містяться зразки розуміння закону для нижчестоящих судів. Такі принципові рішення вищих судових органів називаються прецедентами тлумачення, метою яких є вироблення певних сталих положень стосовно застосування норми права за аналогічними справами [29, с. 3].

Ієрархічна побудова системи правозастосовних органів, особливо судових органів, є визначним моментом. У подальшому, якщо таке тлумачення сприйнято практикою і використовується як взірець при вирішенні однорідних справ нижчестоящими судами, прецедент тлумачення є правоположенням, що має характер обов'язкового застосування. Ідеологічні міркування, очевидно, змусили автора одразу ж застерегти, що прецедент тлумачення відрізняється від судового прецеденту в англоамериканському праві, оскільки останній приводить до створення нової норми права, в той час, коли перший пов'язаний лише з роз'ясненням вже існуючої правової норми, що має переконливий і аргументований характер. При цьому поза міркуваннями автора залишилась та обставина, що судовий прецедент – це «рішення, винесене судом з конкретної справи, обґрунтування якого вважається правилом, обов'язковим для інших судів при вирішенні аналогічних справ» [176, с. 817]. Це означає, що в деяких випадках прецедент тлумачення в системі континентального права об'єктивно проявляється в формі судового прецеденту в системі загального права в якості

обов'язкового правила при вирішенні аналогічних справ. Саме це термінологічне протиріччя залишилось, на нашу думку, в принципі невирішеним в концепції А.Б. Венгерова. Хоча, звісно, що обов'язковість правила тлумачення, що сформульоване в передбачуваному принциповому рішенні, є дещо інше, ніж обов'язковість правової норми, що розтлумачена і застосована в конкретній справі.

Поняття «прецедент тлумачення» в радянській доктрині отримав надалі значне поширення. В.В. Лазарєв аналізує прецеденти тлумачення в контексті «більш широкого юридичного значення судового рішення з конкретної справи» [98, с. 100 – 105]. Ідейну основу його поглядів з цього питання складають уявлення про всезагальне значення актів казуального тлумачення права, тому що «дати тлумачення правовій нормі, що підходить тільки до одного випадку, – і невірно, і незаконно, оскільки норма завжди розрахована на низку однорідних випадків» [97, с. 83].

Автор підкреслює, що тлумачення, зафіксоване в кожному судовому акті, одночасно містить момент всезагального, і може слугувати практичною базою для створення та подальшого формулювання нормативного роз'яснення. На відміну від попереднього дослідника автор вважає можливим появу таких прецедентів не тільки по вертикалі (принципові рішення вищестоящих судових інстанцій), але і по горизонталі (звичайні рішення судів однакової ланки), стверджуючи, що «слідування на практиці відповідним вказівкам вищестоящих судових інстанцій, хоча б вони і були зроблені у зв'язку з розглядом конкретної справи, виправдано і теоретично» [98, с. 90]. На жаль, він не уточнює, що ж таке «вказівки» вищестоящих судових інстанцій. Чи це є результатом тлумачення, який претендує на те, щоб слугувати взірцем розуміння норми, або це є простою формою прояву їхньої контрольно-наглядової функції, залишається нез'ясованим.

Професор С.М. Братусь досліджує з загальнотеоретичних позицій різноманітні форми (способи) вираження судової практики і, поруч з керівними роз'ясненнями вищих судових інстанцій з питань застосовування законодавства

при розгляді судових справ, також виділяє принципові рішення вищестоящих судів з конкретних справ. У них розглядаються важливі, принципові і спірні питання судової практики, а самі вони мають велике значення для забезпечення єдності та законності судової діяльності. Зазначена роль цих рішень дозволила назвати їх своєрідними прецедентами судового тлумачення правової норми. Визначені також риси прецеденту тлумачення – загальновідомість, стійкість, врахування в судовій діяльності при застосуванні норми права, цілеспрямованість сприяти правильному вирішенню кримінальних та цивільних справ. Окрім того, прецедент тлумачення повинен бути опублікований [178, с. 53].

Правознавець М.М. Воппенко визначав прецедент тлумачення як вироблений правозастосовною практикою взірець, стандарт необхідного розуміння і застосування будь-яких правових норм, сформульований при розгляді конкретної юридичної справи і такий, що отримав визнання в юридичній практиці [35, с. 38]. О.В. Наумов вважає, що в сучасний період правового розвитку настав час визнати той очевидний факт, що прецедентне право є, і фактично було, в нашій країні певним допоміжним засобом правового регулювання при вирішенні великої маси юридичних справ. Найбільш рельєфно це проявляється в кримінальному праві. Проте він говорить про судовий прецедент, маючи на увазі, до речі, саме прецедент тлумачення кримінального закону. При розгляді кримінальних справ і вирішенні питань кваліфікації злочинів, наприклад, шахрайства, відбувається конкретизація абстрактної формули («заволодіння індивідуальним майном громадян або набуття права на майно шляхом обману чи зловживання довірою», стаття 143 КК УРСР (стаття 190 КК України) і пошук різноманітних варіантів людської поведінки, які підпадають під ознаки закріпленого в кримінальному законі складу шахрайства. Іншими словами, тлумачення сприяє встановленню і аналізу великої кількості фактичних обставин протиправної поведінки – шахрайства, їхній належній кваліфікації і правильному вирішенню відповідної кримінальної справи [127, с. 11].

Прецедент тлумачення як правоположення, у вузькому розумінні, за А.Б. Венгеровим, пов'язаний з принциповими рішеннями і постановами Пленумів Верховного Суду, авторитет яких достатній для його обов'язкового застосування судами нижчих інстанцій при розгляді аналогічних справ. Однак, на нашу думку, прецедент тлумачення як правоположення, в широкому розумінні, може бути результатом діяльності судів різних інстанцій, які виносять рішення з конкретної справи, використовуючи, якщо необхідно, суддівський розсуд. При цьому вироблене судом при вирішенні конкретної справи нове правоположення є прецедентом тлумачення правової норми в тому випадку, коли суддівський розсуд проявляється в формах конкретизації нечітких, часто оціночних, понять; конкретизації через використання альтернативної норми права або при використанні факультативної норми права.

У цей ж час окрім прецеденту тлумачення в судовій практиці зустрічається прецедент роз'яснення законодавства. Такі судові рішення за своєю природою є нормативним роз'ясненням і мають обов'язкову силу, тим самим набуваючи силу прецеденту тлумачення.

Таким чином, така видова класифікація за правовим змістом є в певній мірі умовною і може змінюватися. Однак проведена характеристика дає нам можливість відзначити, що різновидність прецеденту міститься у правовому формулюванні судового рішення, за яким можна визначити вид прецеденту і можливість його використання в юридичній практиці.

А тому справедливо відзначає І.В. Решетнікова, «норми, що містяться у прецедентах, можуть виконувати двояку роль: формулювати положення, яких немає в нормативних актах, тлумачити і роз'яснювати статі діючого права» [161, с. 18].

Діяльність судів пов'язана з окремою галуззю права (конституційне, цивільне, кримінальне, адміністративне і т.д.), де суд не тільки застосовує закон (норму права) до юридичного казусу, але й створює норму судового права в процесі розгляду справ, дає тлумачення і роз'яснення закону. Прикладом може служити діяльність вищих судових органів різних країн.

Так, Конституційний суд дає тлумачення конституції, перевіряє на відповідність нормативно-правовий акт Конституції, створюючи при цьому прецеденти. Таким чином винесені Конституційним судом рішення з конституційних проблем можна віднести до прецедентів конституційного права.

Діяльність вищих судових органів пов'язана з розглядом конкретних цивільних, кримінальних і адміністративних справ. Якщо в результаті слухання справи створена нова правова норма, чи надане тлумачення, роз'яснення закону, то таке судове рішення можна іменувати прецедентом у цивільному (цивільно-процесуальному), кримінальному (кримінально-процесуальному), адміністративному праву (адміністративному процесі).

Дана класифікація прецедентів будується за галузями права і може застосовуватися в тій правовій системі, де судовий прецедент фактично існує, але провідне місце визнається за нормативно-правовим актом. Для зручності використання таких прецедентів друкуються нові збірники законодавства, в яких наводяться посилання на судові рішення під відповідними статтями законодавства.

Думка про те, що прецедент може існувати в якомусь одному різновиді чи відноситись до одного з видів було б неправильно. Судовий прецедент представляє собою «живе» судове право, яке створюється в результаті розгляду юридичних казусів, а тому може в собі поєднувати декілька видів. Наприклад, обов'язковий прецедент з цивільного права, переконливий прецедент з кримінального права, обов'язковий прецедент з адміністративного права.

Поділ судового прецеденту на види, необхідний для зручності застосування в практичній діяльності, вироблення єдиної судової практики при розгляді схожих справ, правильного розуміння та застосування закону.

Таким чином, види судового прецеденту можна класифікувати за наступними критеріями: юридичною силою, правовим змістом і галузями права.

Прецеденти за юридичною силою можна класифікувати на обов'язкові, переконуючі та відкинуті.

За правовим змістом прецеденти діляться: на прецедент з правовою нормою, прецедент тлумачення та роз'яснення.

За галузями права судовий прецедент поділяється на такі види: конституційний, цивільний, цивільно-процесуальний, кримінальний, кримінально-процесуальний, адміністративний і т.д.

Поділ судового прецеденту на види необхідний для зручності застосування в практичній діяльності, вироблення єдиної судової практики при розгляді схожих справ, правильного розуміння і застосування закону.

2.3. Судовий прецедент і судова практика

У країнах континентальної Європи для відображення прецедентного характеру актів судової влади вживається здебільшого термін «усталена судова практика», а не «судовий прецедент». Ці поняття відображують один й той самий феномен визнання прецедентного характеру актів судової влади, але у різних історичних та соціальних умовах. Хоча, наприклад, професор М.М. Марченко намагався розглянути питання про їх співвідношення, у результаті чого він дійшов висновку, що «судова практика, будучи самодостатньою формою суддівського права, водночас, має прецедентний характер» [120, с. 110].

Українська правова система загалом слідує загальноєвропейським та російським тенденціям, коли дискусія стосовно загальної обов'язковості судових рішень розвивається на основі поняття судової практики, а не судового прецеденту, вказуючи на необхідність наявності певної лінії справ або роз'яснень (еквівалент європейської концепції «усталеної судової практики») з певних правових питань. Виходячи з аналізу праць дореволюційних авторів, можна виділити три основних підходи щодо судової практики, які склалися у

той період: 1) вона розумілася як правило, що створене судом при прийнятті ним рішень з окремих випадків, при цьому вона ототожнювалась із правовим звичаєм [208, с. 86]; 2) як загальне, довге та одноманітне застосування певної норми права судами певного рівня або юрисдикції [140, с. 567 – 569]; 3) розглядалась як окрема форма загального права [109, с. 85 – 86].

Так, творча діяльність суду позитивно оцінювалася російським вченим І.А. Покровським, зокрема він писав: «Закон і суд не дві ворожі сили, а два однаково необхідних фактори юрисдикції. У них одна й та ж мета – досягнення справедливості; закон для досягнення останньої потребує доповнення і співпраці в особі судді. І не потрібно боятися творчої діяльності судді: суддя в меншій мірі ніж законотворець, син свого народу і свого часу і в неменшій мірі носій того ж народного праворозуміння» [145, с. 95].

Розвиток судової практики тісно пов'язаний з діяльністю судових органів, починаючи з судової практики князів, боярської ради, козацької ради, сенату, революційних трибуналів, Верховного Суду СРСР. Протягом усього історичного періоду судова практика виступала своєрідним орієнтиром для однакового розгляду судових справ, правильного застосування нормативно-правових актів, тлумачення і подолання прогалин у законодавстві.

Російський правознавець і знавець судової практики Д.І. Меєр вважав, що судова практика завжди допомагає законодавству, доповнюючи його прогалини, точніше визначаючи застосування законів до тих чи інших випадків [124, с. 59].

Значення судової практики в основному залежить від політичної волі держави і її правової політики [122, с. 6 – 8]. Буде вона мати творчий характер чи буде знаходитися в занепаді. Активна творча самостійність судової практики починається з відокремлення судової влади від законодавчої та виконавчої.

На даний час почався новий етап розвитку як судової практики, так і судового прецеденту в правовій системі України. Початок цьому було покладено в концепції Судово-правової реформи [151] та в Конституції України [90], яка на найвищому нормативному рівні закріпила поділ державної влади на

законодавчу, виконавчу і судову. Таким чином, був даний поштовх для розвитку судової правотворчості.

У своїй діяльності судова влада повинна не тільки застосовувати закон, але й створювати загальні норми, коли законодавець мовчить. Судова правотворчість знаходить своє відображення у судових прецедентах Конституційного Суду України і в судовій практиці Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищого господарського суду України та Вищого адміністративного суду України.

З огляду на це, слід відрізнити судовий прецедент від судової практики. Так, професор С.В. Боботов писав: «Прецедент на відміну від судової практики, створюється окремо винесеним судовим рішенням, яке вправі приймати лише вищі судові інстанції» [17, с. 30]. У принципі з цією тезою можна погодитися.

Разом з тим, незважаючи на широке використання в юридичній термінології понять «судовий прецедент» і «судова практика», в літературі досі відсутній єдиний підхід до розуміння вказаних понять. Крім того, вчені досі не прийшли до єдиного висновку про те, яким чином зазначені терміни співвідносяться між собою. І, якщо раніше нами було з'ясовано, що за своєю юридичною природою є судовим прецедентом, то далі, на нашу думку, слід окрему увагу приділити поняттю судової практики, а потім визначити співвідношення останньої із судовим прецедентом.

Сучасна юриспунденція розглядає судову практику як у широкому вимірі (вся діяльність органів судової влади, що втілюється у прийнятті юридичних актів), так й у вузькому (як створення певних правоположень «прецедентного» характеру). Прикладом першого підходу є визначення С.П. Погребняка, який під судовою практикою розуміє такий різновид юридичної практики, що полягає у правозастосовній, інтерпретаційній та правотворчій діяльності судів, яка втілюється у певних видах юридичних актів [142, с. 93]. М.В. Савенко розуміє термін «судова практика» з позицій другого підходу як «матеріалізовані результати розгляду судової справи, оформлені як правові

положення, на підставі яких вирішено спірне питання і які переконливо свідчать про єдино правильний обраний судом підхід і є орієнтиром для вирішення аналогічних спірних ситуацій» [167, с. 51].

Ще у 1958 році видатний вчений радянського періоду С.І. Вільнянський надавав визначення судової практики у вузькому значенні як правові положення, що склалися при вирішенні судами однорідних конкретних справ, які вироблені у результаті одноманітного та багаторазового застосування норм до відносин, що не врегульовані з вичерпною ясністю або неповністю врегульовані відповідним законом [33, с. 57].

Сучасна російська дослідниця О.М. Коростелкіна надає визначення судової практики у вузькому сенсі як «засіб вирішення певних категорій справ, у результаті якого вищими судовими органами у публічно доступній формі формулюються нові загальнообов'язкові правоположення, що поповнюють, доповнюють або заміщають чинні норми права з метою неодноразового використання щодо невизначеного кола суб'єктів права» [87, с. 118].

Професор О.Ф. Скакун також звертає увагу на те, що судову практику можна віднести до субсидіарного, вторинного джерела права, що є проявом судової правотворчості, але не всю, а лише ту її частину, яка створюється у результаті діяльності: 1) вищих судових інстанцій в наслідок судового розгляду справ у другій інстанції, в особливо важливих справах – у першій інстанції; 2) рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення та визнання неконституційними законів та інших актів; 3) постанов Пленуму Верховного Суду України, в яких деталізація правових норм (тлумачення) сприяє створенню нових правоположень не лише правозастосовного, а й нормативного характеру [173, с. 131].

Д.Ю. Хорошковська надає таке значення терміна «судова практика» «...це взаємоедність діяльності судів і результатів цієї діяльності, виражених у нових правоположеннях, вироблених судовою владою та закріплених у рішеннях з конкретних справ і/чи в актах зі сукупності однотипних конкретних судових справ» [195, с. 30].

Отже, судова практика у вузькому значенні може розглядатися як джерело права, оскільки пов'язується з практичною діяльністю судових органів з прийняття лише тих рішень, які містять правові положення [11, с. 25].

С.С. Алексєєв вказував на те, що судова практика носить підзаконний характер. Юридична практика не може коригувати, встановлювати, змінювати, доповнювати вже існуючі нормативно-правові акти, вона має лише службовий (допоміжний) характер, тому вона повинна конкретизувати юридичні норми у процесі тлумачення з урахуванням особливостей даної ситуації у межах застосування права [6, с. 88]. Але за радянських часів за конкретизуючими функціями судової практики не вбачалась наявність правотворчих функцій.

С.С. Алексєєв поділяв судову практику на поточну (застосування законодавства судами у рішеннях з конкретної справи), прецедентну (застосування законодавства вищими судовими органами у рішеннях з конкретних справах, що мають принциповий характер, коли створюється зразок тлумачення норми, виробляється певне положення щодо застосування норми в аналогічних справах) та керівну (досвід застосування законодавства, що втілений в особливих актах центральних судових органів, як-от: постанови Пленуму Верховного Суду, в яких практика застосування норми права вторинно формулюється у вигляді приписів, що конкретизують цю норму) [6, с. 340]. Судову практику можна також розглядати й у двох аспектах – динамічному (опосередкована правом діяльність суду, спрямована на виконання його завдань і функцій) та статичному (конкретні узагальнені результати здійснення судової діяльності, що втілюються у судових рішеннях та інших судових актах) [143, с. 28]. Залежно від виду остаточного акта судової влади судова практика може виражатися у роз'ясненнях з питань судової практики вищих судових інстанцій, а також у принципових рішеннях у конкретних справах судів різного рівня [178, с. 16 – 17].

Радянські науковці С.М. Братусь та А.Б. Венгеров вказують, що судова практика – це «єдність (а) того виду судової діяльності із застосування правової норми, який пов'язаний із виробленням правоположень на підставі розкриття

суті та змісту норм, що застосовуються, а у необхідних випадках – їх конкретизації та деталізації, та (б) специфічного результату, підсумку цієї діяльності (самих правоположень)» [178, с. 53]. Вони також вважають, що судовою практикою не можна вважати будь-яке роз'яснення ухвал чи рішень вищих судових органів, рішення суду, ухвалу касаційної інстанції або сукупність рішень щодо конкретної групи справ, оскільки під судовою практикою слід розуміти тільки ті положення юрисдикційних актів, які конкретизують норми права.

А.Б. Венгеров також вводить поняття «конкретизуючі правила» (правоположення), оскільки, на його думку, норма права при її застосуванні нерідко конкретизується в інших правилах, що підпорядковуються цій нормі, тому «лише у цьому випадку в поєднанні з конкретизованими на його основі правилами виконує свою службову роль – регулює суспільні відносини, що ним охоплюються» [29, с. 15]. Ці конкретизуючі правила й вказують на певну обов'язковість судової практики та на те, що норма без цих правил може й не діяти. Це дозволило А.Б. Венгерову вважати такі правила «прецедентами тлумачення» [29, с. 4].

При характеристиці судової практики як правового явища Б.В. Малишев робить такі висновки: 1) судова практика є суб'єктивним різновидом юридичної практики; 2) судова практика – це сукупність формально визначених, усталених приписів загального характеру (правоположень), які виникають і формулюються в процесі застосування судами неоднозначних чи занадто широко сформульованих норм законодавства, або в ході заповнення судами прогалин у праві; 3) правоположення містяться у мотивувальних частинах рішень судів із принципових справ, а також у роз'ясненнях вищих судових органів, і є результатом конкретизації судом норм права або результатом заповнення судом прогалин у праві шляхом застосування аналогії права або аналогії закону; 4) правоположення набувають юридичної сили за умови їх схвалення апеляційними і (або) касаційними судовими інстанціями; за умови

їхнього опублікування; за умови неодноразового застосування їх судами в ході вирішення схожих справ [108, с. 26].

При дослідженні такого явища як судова практика М.М. Марченко зазначає такі її основні риси:

1. Судова практика є частиною юридичної практики як правозастосовна, правотворча та правоінтерпретаційна діяльність у єдності з відповідним професійним досвідом. У свою чергу, поняття юридичної практики належить до поняття практики загалом (соціальна або суспільна) як сукупності діяльності людей, застосування знань, навичок, накопичення досвіду тощо.

2. Судова практика відповідно до її назви пов'язана з повсякденною діяльністю та накопиченим досвідом саме судових, а не інших органів державної влади, що, відповідно, має свою специфіку.

3. Слід проводити розрізнення між судовою практикою як явищем та поняттям у загальносоціологічному значенні (широкий зміст), з одного боку, та у власне юридичному, нормативно-правовому значенні (вузький зміст), – з іншого [119, с. 103 – 110].

Судова практика також має різноманітні форми вираження, до яких традиційно належать постанови пленуму, рішення з принципів справ, будь-яке судове рішення, інформаційні листи керівництва вищих судових органів тощо. Російський дослідник С.В. Бошно виділяє також й проміжні форми судової практики, до яких вона відносить огляди судової практики, рішення з конкретних справ, поточну переписку судів, матеріали роботи науково-консультативної ради при верховних судах [24, с. 20].

Слід також звернути особливу увагу на роль судової практики у процесі конкретизації законів. Поняття конкретизації норм права у суддівській діяльності було сформульовано ще за радянських часів С. Братусем, який вважав, що норма права – це загальне правило, яке в ході застосування неминуче конкретизується в інших, підпорядкованих цій нормі, правилах [180, с. 152-153]. До теми судової конкретизації у процесі правозастосування також звернулися у 1968 році такі науковці, як А.В. Безіна та В.В. Лазарєв [9, с. 6], що

тільки підтверджує актуальність цієї проблематики. Починаючи з 60-х років ХХ ст., у радянській науці послідовно розвивається думка, що суд має право на конкретизацію тільки у тому випадку, коли в результаті тлумачення певної норми виявить наявність «навмисно неповного врегулювання» законодавцем [108, с. 24], а також наводилися відмінності між конкретизацією та тлумаченням, які в силу того, що були не досить переконливими, не дозволяли чітко зрозуміти у чому полягає ця відмінність.

Оскільки радянські автори вважали, що заповнення прогалин у праві шляхом застосування аналогії права чи аналогії закону не є конкретизацією [9, с. 6 – 7], то можна зробити висновок, що конкретизація є нічим іншим як «розширеним» суддівським тлумаченням норм права відповідно до фактичних обставин справи. На думку М.М. Вопленко, конкретизація є родовим поняттям, яке позначає результат правотворчого або правозастосовного процесу, в якому виявляються максимальна визначеність та повнота смислу правових норм, що стало можливим у результаті використання способів тлумачення, деталізації, уточнення або розвитку елементів норм з метою найбільш точного та повного правового регулювання [35, с. 25].

Зміст дискусії, що розгорнулася у радянських наукових колах щодо розмежування правотворчості та правозастосування та ролі судової практики у цьому процесі, передає Г.Г. Шмельова. Розходження у поглядах на поняття конкретизації норми права, як вважає цей науковець, частково можна пояснити тим, що в юридичній літературі існують два різних підходи щодо дослідження проблеми. Прихильники першого підходу пов'язують конкретизацію зі стадією правотворчості та заперечують її можливість у процесі правозастосування. Прихильники другого, більш широкого підходу щодо дослідження та розуміння конкретизації правових норм, розглядають її як явище, що має місце у процесі здійснення правотворчості та правозастосування, як якість правової системи, як якість правового регулювання загалом, як об'єктивну необхідність та закономірність правового регулювання. Згаданий науковець є прихильником другої точки зору, позаяк цей підхід дозволяє розглядати конкретизацію щодо

інших правових явищ та у контексті механізму правового регулювання [215, с. 11]. Тому, як зауважує у дисертаційному дослідженні український науковець Б.В. Малишев, в Україні судовий прецедент повинен стати основною формою конкретизації положень закону [109, с. 200].

Після розпаду СРСР та утворення нових демократичних держав постало питання перегляду ролі судової практики, ролі судової влади у системі поділу влади, та, зокрема, зміни поглядів щодо актів судової влади, в яких конкретизуються правові норми. Тому зовсім не випадково, що видатний теоретик радянського права С.С. Алексєєв вже у 1994 році переглянув свої погляди щодо судової практики: «...настала пора загалом змінити наше бачення правосуддя, інтерпретацію його призначення лише як «застосовувача права». Досвід розвинутих демократичних країн, причому не тільки англо-американської групи, свідчить, що високий рівень правового розвитку в суспільстві досягається лише тоді, коли суд спирається на Конституцію, закон, загальновизнані права людини, також й створює право. ... надання рішенням вищих судових інстанцій країни функцій судового прецеденту уявляється справою, що давно назріла, і цілком виправданою» [7, с. 219].

Отже, судова практика конкретизує закони, й у цьому вона доповнює законодавця, точніше вона стає джерелом права у випадку «бездіяльності» законодавця, коли у нормативно-правових актах містяться прогалини, їх текстуальне викладення є неоднозначним для розуміння, суперечливим та породжує проблеми при правозастосуванні. Судова практика заповнює ці прогалини шляхом застосування аналогії права та закону, тобто результат застосування цієї аналогії та порядок суддівської мотивації має особливу вагу та значення для подальшого вирішення аналогічних справ. Звичайно, законодавець може закріпити результати судової практики шляхом прийняття відповідних змін до нормативно-правових актів, тобто шляхом законодавчої конкретизації. Але це може вже відбутися *post-factum*, у той час, коли інтереси правосуддя вимагають саме конкретизації законів через судову практику в процесі розгляду конкретної справи. Так, російський вчений В.М. Лебедев

писав: «Судова практика представляє собою досвід індивідуально-правової діяльності судів, що виникає в результаті застосування права при вирішенні юридичних справ» [101, с. 187]. Особливий випадок становить конституційна юрисдикція, оскільки судді повинні застосовувати конституційні норми безпосередньо, як норми прямої дії, а розкриття їх змісту неможливо без їх «розширеного» тлумачення. Тому є всі підстави погодитися з висновком українського науковця В.Є. Беяневич, яка стверджує, що судова практика, яка посідає проміжне становище в соціальному регулюванні між його нормативною та індивідуальною складовими, не тільки здатна, але й повинна коригувати, виправляти деонтичні недоліки системи права, забезпечуючи, насамперед, її повноту [12, с. 78].

Водночас теорія права розрізняє три види судової практики, які умовно можна розділити на поточну, прецедентну і керівну.

Поточна практика – це досвід застосування законодавства, виражений в рішеннях судів з конкретних юридичних справ. Дана форма практики є «первинною». У ній тільки намічаються підходи до вирішення тієї чи іншої категорії юридичних справ. Цей досвід, особливо коли мова йде про застосування нових правових норм, несе на собі відбиток невизначеності, але поступово збагачується, включаючи все нові грані суспільних відносин, що потрапляють під правове регулювання.

Прецедентна практика – це досвід застосування законодавства, виражений в рішеннях вищих судових органів з конкретних справ, причому рішеннях принципового характеру. Рішення мають принципний характер в тому випадку, якщо поточна правозастосовна практика свідчить про неоднозначне розуміння (тлумачення) правових норм, в результаті при одних і тих же обставинах приймаються різні рішення. При цьому практика називається прецедентною, так як слугує зразком тлумачення та застосування права, якому в силу авторитету вищих судових органів повинні слідувати інші суди. Однак на відміну від прецеденту як джерела права, вважає В.М. Лебедєв, прецедентна практика або прецедентні рішення не є джерелом права, оскільки є не новою

юридичною нормою, а зразком розуміння і застосування існуючої правової норми. Винятки іноді робляться для тих випадків, коли практика стикається з прогалинами в праві [101, с. 187 – 188].

Керівна практика – досвід застосування законодавства, виражений в особливих актах центральних судових органів, в яких дані практики узагальнено, «вдруге» формулюються у вигляді конкретних нормативних приписів. Це – найвища форма практики. Тут досвід застосування законодавства не пов'язаний безпосередньо із здійсненням правосуддя з конкретних справ.

При цьому під джерелом права розуміється не поточна судова практика, а те, що в нашій вітчизняній науці називається прецедентною судовою практикою, тобто рішеннями, прийнятими Верховним Судом України з принципових питань, які по-різному вирішуються судами касаційної інстанції. На думку П.А. Гука, ці явища (судовий прецедент і судова практика) слід розглядати в сукупності їх еволюційного розвитку, оскільки судова практика на певних етапах може виступати основою, базою для остаточного визнання судового прецеденту джерелом права України [42, с. 88].

Проте така позиція, на думку українського вченого А.І. Дрішлюка, підлягає уточненню [51]. Будь-яка судова практика (тобто сумарний результат розгляду окремих справ) на відміну від прецеденту, що створюється окремо прийнятим судовим рішенням, може включати і певну кількість принципових рішень суду. Проте про прецедентний характер судової практики може вестися мова тільки в тому випадку, коли на підставі прецедентного рішення починають приймати аналогічні рішення, що в результаті завершує формування певної норми. Власне «...ця сукупність окремих прецедентних рішень розглядається як частина судової практики». Така позиція, на нашу думку, є не зовсім коректною, оскільки прецедентом вважається не сукупність судових рішень, а одне рішення, яке умовно можна назвати первинним. Будь-які інші аналогічні рішення з цього ж питання фактично за своєю сутністю є відтворення первинного.

Суд, як правило, виконує правозастосовну та інтерпретаційну функції. Приймаючи конкретне рішення у справі, ним також береться до уваги судова практика щодо розгляду справ зазначеної категорії вищими судовими інстанціями, яка вже склалася і може мати різну форму, для того, щоб рішення не було скасовано при його перегляді в апеляційному або касаційному порядку. Окрім того, суд також в окремих випадках здійснює правотворчу функцію, потреба у реалізації якої виникає в разі необхідності подолання прогалин у праві та законодавстві. Тому в літературі і розрізняється прецедент плавоутворення і його застосування та прецедент тлумачення і правозастосування.

Традиційний підхід визнає роль судової практики, якою є «...сукупність рішень за окремими видами спорів...» [50, с. 73], як фактор, який спрямований не тільки на удосконалення норм законодавства, але й в окремих випадках на усунення прогалин чинного законодавства. Формою подолання таких прогалин стає конкретне судове рішення. У цьому випадку має місце правоутворюючий прецедент. Сукупність вказаних рішень створили прецедентну практику, яка в свою чергу була врахована під час кодифікацій 60-х років і знайшла відображення в кодифікаційних актах більшості радянських республік. Результатами узагальнення судової практики є створення загальних правил, що в свою чергу, формують певний тип поведінки у визначених суб'єктів – суддів, тобто як і який закон, вони будуть застосовувати у тих чи інших типових ситуаціях. Окремі прецедентні рішення були враховані і при підготовці роз'яснень, які, на нашу думку, в більшості випадків формуються на підставі прецедентів тлумачення і застосування, що допускається вищою судовою інстанцією [49, с. 247].

Здійснивши аналіз фахових літературних джерел, а також вивчивши думки деяких вчених щодо визначення поняття судової практики, можна дійти висновку, що у науковій літературі під судовою практикою розуміють, по-перше, акти органів суду, що приймаються різними судовими інстанціями під час розгляду конкретних справ; по-друге, сукупність актів суду, що

складаються в процесі правозастосування; по-третє, постанови вищих судових органів, які мають роз'яснювальний характер [111, с. 47].

Зовсім іншу класифікацію підходів до розуміння судової практики виділяє Н.В. Стечик. Так, на його думку, судову практику в літературі: ототожнюють з судовою діяльністю; визначають як єдність судової діяльності та її результатів; трактують як сумарний результат діяльності судових органів [177, с. 28].

У літературі слушно зазначалося, що прецедент, на відміну від судової практики, створюється окремо прийнятим судовим рішенням, яке вправі приймати тільки вищі судові інстанції [141, с. 47 – 48]. Протилежної позиції дотримується А.І. Дрішлюк, який говорить про необов'язковість створення судового прецеденту саме судами вищої інстанції. На його переконання, рішення може бути визнано прецедентом якщо воно було прийнято судом будь-якої інстанції, усунуло прогалину, пройшло перевірку в апеляційному і касаційному порядку, опубліковано в офіційному друкованому органі Верховного Суду України [51].

Протягом усього часу судова практика являла собою своєрідний орієнтир для однакового розгляду судових справ, правильного застосування встановлених нормативно-правових актів, тлумачення і заповнення прогалин у законодавстві.

У літературі також зустрічається думка про те, що термінологічно «прецедент», як правило, використовується дослідниками, якщо йдеться мова про країни «загального права», а «судова практика» – щодо романо-германської правової сім'ї [50, с. 73].

При цьому судова практика і судовий прецедент як явища не є ідентичними. Від судового прецеденту слід відрізняти судову практику, яка, будучи додатковим джерелом права, дозволяє виробляти правові позиції, які створюють не суперечливий законодавству повсякденний досвід вирішення спірних життєвих ситуацій.

Разом з тим, М.М. Марченко вважає, що коли мова йде про судовий прецедент як джерело, то мається на увазі не стільки процес судової діяльності, в ході якого формуються «правові положення», скільки результат цієї діяльності, а саме вироблені судовою діяльністю загальні «правові положення» [117, с. 57]. На нашу думку, зазначений термін є не тільки виправданим, а й є ключовою ознакою судової практики. Адже остання не може існувати поза власних результатів, виражених у правоположеннях. У судовій практиці ідеальні норми права застосовуються щодо реальних життєвих обставин, які покладені в основу судової справи. Вирішення судової справи тягне за собою необхідність використання суддівського розсуду, що проявляється в різноманітних формах. Правоположення виробляються при використанні суддівського розсуду і отримують своє формальне вираження в об'єктивованому вигляді в результаті певного узагальнення. У національній правовій системі під таким узагальненням слід розуміти аналітичну діяльність з систематичної підготовки документів, що містять правоположення, у вигляді роз'яснень Верховного Суду і вищих спеціалізованих судів, а також опублікування актів вищих інстанцій судових органів з конкретних справ. Систематизація правоположень та їх оприлюднення сприяють розвитку і правильному застосуванню правових норм у судовій діяльності. Правоположення безпосередньо об'єктивуються в рішеннях по конкретних справах судів різних інстанцій, а також в роз'ясненнях Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів з питань застосування законодавства, і, за умови їх визнання в національній правовій системі, ці форми існування права є його джерелами. Опосередковано правоположення об'єктивуються в нормах права, які відображають досвід судової практики, і відповідно визнаються джерелами права.

Роз'яснення і рішення судових органів об'єктивуються в системі континентального права в своєрідних прецедентах судового тлумачення і усуненні прогалин. Відмінність таких прецедентів від судового прецеденту в системі загального права полягає в тому, що останній містить нову прецедентну

норму права, яка обов'язково застосовується при вирішенні схожих справ, тоді як прецеденти тлумачення і усунення прогалин права полягають у виробленні судовою практикою взірців застосування існуючого права при вирішенні схожих справ.

Правоположення в континентальній системі права сприяє розкриттю смислового значення правової норми в процесі неодноразового застосування її в аналогічних справах. Являючись взірцем правильного застосування права, правоположення, в силу своєї переконливості та інформаційної доступності, отримують необхідну загальновідомість, стійкість і враховуються в судовій діяльності як додаткові правила застосування чинного законодавства. Сприйняття правоположень здійснюється не на підставі обов'язковості, а в силу переконливості, аргументованості і авторитету вищих судових інстанцій. Правоположення в континентальній системі права найчастіше перетворюються в класичну форму права (в періоди проведення кодифікації законодавства), але воно здійснює свій регулятивний вплив у своїй первинній якості як вияв судової практики в формах прецедентів тлумачення і усуненні прогалин права.

Автори А.К. Безіна і В.В. Лазарєв вважають, що будь-яка ланка судової системи, вирішуючи конкретну справу, може створювати правоположення шляхом винесення рішення з конкретної справи. Однак, природним вимогам як джерелу права, яким вироблене при вирішенні конкретної справи правоположення повинно задовольняти, є його об'єктивізація в загальнодоступних інформаційних джерелах нормативного та квазінормативного характеру. Тому ми розглядаємо правоположення в єдності їх вироблення і виявлення через інформаційні джерела права.

Основними видами правоположень, вироблених у результаті судової практики, є такі:

- усунення прогалин у праві;
- прецедент тлумачення;
- судовий прецедент (декларативний і креативний).

Ми не стверджуємо, що специфічні результати судової практики в різних правових системах вичерпуються зазначеними видами правоположень. Однак, під цими назвами в юридичній літературі представлені зразки правотворчої діяльності судів, які є правоположеннями. Як зазначалось вище, прецедентний характер правоположення будь-якого виду (незалежно від його назви) встановлюється виключно юридичним визнанням такого правоположення в якості взірця, гідного наслідування, при розгляді подібних судових справ у майбутньому.

На думку П.А. Гука, незважаючи на явні протиріччя і розбіжності в розумінні окремими авторами понять «судової практики» і «судового прецеденту», в більшості наукових досліджень ці явища і поняття розглядаються як ідентичні і взаємозамінні, що виступають під загальною назвою «прецедент» [42, с. 90].

Водночас, як правильно зауважує М.М. Марченко, прирівнювання, а тим більше ототожнення судової практики і судового прецеденту [119, с. 173 – 174], яке має місце у вітчизняній літературі, хоча і не є принципово важливим з точки зору визначення поняття та змісту джерел суддівського права, проте заслуговує певної уваги. Справа в тому, що поняття прецеденту в його традиційному сприйнятті як рішення суду з конкретної справи, обов'язкове при вирішенні аналогічних справ у подальшому цим же судом або судами, рівними або нижчими по відношенню до нього, не зовсім вписується в поняття та зміст судової практики.

Логічний обсяг поняття та змісту останньої виявляється ширше і різноманітніше в порівнянні з логічним обсягом поняття та змісту судового прецеденту вже хоча б тому, що, як показує досвід України та інших країн, така судова функція, як нормоконтроль, у судовій практиці займає набагато більше місця, ніж в судовому прецеденті.

Отже, судова практика є засобом виявлення прогалин у законодавстві і праві, і є середовищем для формування судових прецедентів. У свою чергу, прецеденти є невід'ємною частиною судової практики та однієї з її форм, яка

спрямована на подолання прогалин у законодавчому регулюванні, та визначають напрями формування судової практики.

Безперечно, судова практика в правовій системі України має сприяти розвитку і вдосконаленню права, а тому правильною, на наш погляд, є пануюча серед практикуючих юристів думка про необхідність стимулювання розвитку судової практики в якості джерела українського права.

Висновки до розділу 2

Отже, проаналізувавши розвиток прецедентного права, поняття і види судового прецеденту та співвідношення судового прецеденту та судової практики можна зробити такі висновки:

1. Судовий прецедент, який відіграв історичну роль у формуванні та розвитку правових систем «загального права», поступово змінює своє положення в системі джерел і набуває статусу повноцінного. З цієї перспективи помилково пов'язувати судовий прецедент лише зі становленням системи загального права у країнах англо-американської правової сім'ї, оскільки в силу людської природи прагнення суддів та державних діячів слідувати практиці своїх попередників або покладатися на власні раніше прийняті рішення простежується впродовж всієї історії людства та практично в усіх правових системах. Виходячи з аналізу історичних джерел, визнання прецедентного характеру актів судової влади походить від звичаїв (раніше прийняті судові рішення були доказом існування певного звичаю, а судова практика надавала звичаям правовий характер); необхідності забезпечення централізації державної влади; ідеї ієрархічності судової системи; відкритості судочинства. Отже, судовий прецедент, який зіграв історичну роль у формуванні та розвитку правових систем «загального права», поступово змінює своє положення в системі джерел і набуває статусу повноцінного джерела права в країнах романо-германської правової сім'ї.

2. Незважаючи на те, що судовий прецедент, який найбільшого поширення набув у країнах англо-американського права, тенденція слідування суддівській правотворчості у раніше прийнятих рішеннях є помітною майже в усіх правових системах сучасності. Попри те, що сам термін походить з латинської мови, у сучасних європейських правових системах вживаються синонімічні терміни, такі як усталена судова практика, правоположення, правова позиція.

Отже, судовий прецедент можна визначити як формально визначене правило поведінки, яке міститься у рішенні суду найвищої або вищої судової інстанції, створене у процесі розгляду останніми конкретної справи або шляхом узагальнення судової практики, спрямоване на усунення прогалин законодавства та/або вироблення найефективнішої реалізації правових приписів та має загальнообов'язковий характер при вирішенні судами аналогічних справ, а також для правозастосування іншими суб'єктами.

Для зручності застосування судового прецеденту застосовується його поділ на види з метою правильного розуміння та застосування закону.

За юридичною силою ми класифікували прецеденти на обов'язкові, переконуючі та відкинуті; за правовим змістом на прецеденти з правовою нормою, прецеденти тлумачення та прецеденти роз'яснення; за галузями права на конституційні, цивільні, цивільно-процесуальні, кримінальні, кримінально-процесуальні, адміністративні.

3. Співвідношення двох понять «судова практика» та «судовий прецедент», можна виразити через зв'язок загального та конкретного. Проаналізувавши поняття судової практики ми дійшли висновку, що судова практика – це акти органів суду, що приймаються різними судовими інстанціями під час розгляду конкретних справ, складаються в процесі правозастосування та виражаються у формі постанов вищих судових органів, які мають роз'яснювальний характер. На відміну від судової практики, судовий прецедент створюється окремо прийнятим судовим рішенням, яке вправі приймати тільки вищі судові інстанції.

Таким чином, судовий прецедент є різновидом правоположень, вироблених у результаті судової практики та однією з її форм, яка спрямована на подолання прогалин у законодавчому регулюванні.

РОЗДІЛ 3 СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У ПРАКТИЦІ УКРАЇНСЬКИХ ТА МІЖНАРОДНИХ СУДІВ

3.1. Формування прецедентного права Конституційним Судом України

Із моменту прийняття в 1996 році Конституції України закладено основи конституційної юстиції в Україні, тобто захисту прав і свобод громадян від неконституційних актів, дій чи бездіяльності. Цей інститут від часу створення по даний час знаходиться у процесі динамічного розвитку, чим виявив себе, як необхідний атрибут демократичної, соціальної, правової держави.

Згідно з Конституцією України [90] та Законом України «Про Конституційний Суд України» [61] єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні є Конституційний Суд України. В результаті виникає природне питання щодо місця, ролі, юридичної сили та природи актів цього органу. Правильну постановку цієї наукової проблеми сформулював російський конституціоналіст Л.В.Лазарєв: що собою являють акти конституційного правосуддя – це нормативно-правові акти, конституційні судові прецеденти, правові констатації чи рішення, що носять преюдиціальний характер [100, с. 4].

Почнемо з питання статусу рішень Конституційного Суду України. Відповідно до Основного Закону він оформлює результати своєї діяльності у вигляді рішень та висновків. Стаття 150 Конституції встановлює, що рішення приймаються з питань: а) конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; б) офіційного тлумачення Конституції та законів України. У свою чергу висновки надаються у випадках, передбачених статтями 151 та 159, а також пунктом 28 статті 85 Конституції, а саме: а) щодо відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних

договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість; б) щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту; в) щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 та 158 Конституції; г) щодо порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України.

З огляду на викладене, потрібно вказати на невідповідність Конституції деяких норм Закону України «Про Конституційний Суд України». Йдеться про випадки неправильного використання в його тексті термінів «рішення» та «висновок». Так, у статтях 41, 43, 51, 62, 95 вказаного закону результат офіційного тлумачення Конституції та законів України називаються «висновком». З іншого боку, стаття 61, яка має назву «Рішення Конституційного Суду України», також не відповідає Конституції, тому що не дозволяє Конституційному Суду оформлювати результати свого офіційного тлумачення у вигляді рішень. Хоча процедура прийняття рішень та надання висновків є однаковою, це є різні правові явища, оскільки мають неоднакове призначення та юридичну силу, що виражається у наступному. По-перше, рішення Конституційного Суду розраховано на неодноразове застосування необмеженим колом осіб, в той же час висновок, як слідує з аналізу Конституції, безпосередньо стосується діяльності, в основному, Верховної Ради України, до того ж сама мета прийняття висновку виключає можливість його неодноразового використання. По-друге, рішення та висновки Конституційного Суду мають різні юридичні наслідки свого прийняття: за рішеннями стаття 150 Конституції закріплює їх обов'язковість на території всієї України, в той час як висновки є обов'язковими для Верховної Ради України тільки в плані заборони вчинення нею конкретних дій. Наприклад, якщо у висновку зазначено, що певний міжнародний договір суперечить Конституції, то Верховна Рада не вправі надавати згоду на його обов'язковість. У той же час факт надання

висновку про відповідність Конституції України міжнародного договору, юридично не примушує Верховну Раду України надавати йому обов'язковість.

Хоча варто зазначити, що на практиці Суд усе ж таки (і абсолютно коректно) притримується норм Конституції, отже, оформлює свої офіційні тлумачення у вигляді рішень. Питання щодо зняття цієї суперечності охоплюється повноваженнями Верховної Ради України та знаходиться до цього часу невирішеним. Отже, з огляду на це, ми надалі будемо аналізувати виключно рішення Конституційного Суду і саме в конституційному контексті.

Проблема визначення природи рішень Конституційного Суду, як щодо визнання законів України та інших нормативно-правових актів неконституційними, так і стосовно офіційних тлумачень, залишається конче актуальною. Як слушно зазначив В.М. Шаповал, «проблема співвідношення засад правозастосування та правотворчості при здійсненні тлумачення Конституційним Судом України є білою плямою у вітчизняних теоретико-юридичних дослідженнях» [205, с. 112]. Законодавство України не містить визначення поняття «офіційне тлумачення». Стаття 93 Закону «Про Конституційний Суд України» вказує на те, що підставою для конституційного подання щодо офіційного тлумачення є «практична необхідність у з'ясуванні або роз'ясненні, офіційній інтерпретації положень Конституції України та законів України». В.М. Тихий зазначає, що необхідність такого тлумачення може бути обумовлена неясністю (двозначністю, розпливчастістю, неточністю, нечіткістю) окремих положень Конституції чи законів України, або неоднозначним застосуванням, або хоча й однозначним, але неправильним їх розумінням і застосуванням у масштабах всієї країни тощо [184, с. 39]. У свою чергу в якості підстав для конституційного звернення стаття 94 вказаного закону визначає «наявність неоднозначного застосування положень Конституції України або законів України судами України, іншими органами державної влади, якщо суб'єкт права на конституційне звернення вважає, що це може призвести або призвело до порушення його конституційних прав і свобод». З цього приводу В.М. Тихий зауважує, що вказана неоднозначність

застосування «полягає в тому, що за юридично однакових обставин у справах однієї і тієї ж самої категорії положення Конституції та законів України застосовуються по-різному...» [184, с. 40]. Слід вказати, що на практиці резолютивна частина рішень Конституційного Суду з офіційного тлумачення формулюється наступним чином: «частину X статті Y закону Z треба розуміти так, що ...».

Яку ж діяльність здійснює Конституційний Суд, коли приймає рішення з офіційного тлумачення? На наш погляд, є значним спрощенням вказувати, що відповідь міститься вже у самому запитанні, тобто стверджувати, що цей орган здійснює тлумачення норм, які містяться у Конституції та законах України. Відповідь не може бути простою вже з огляду на статтю 150 Конституції, яка встановлює, що такі рішення Конституційного Суду є обов'язковими до виконання на території України, є остаточними і не можуть бути оскаржені.

У даному випадку В. Шаповал відносить діяльність Конституційного Суду до конституційно-правового нормозастосування. Але дещо нижче він зауважує, що зміст компетенції цього органу на практиці займає місце між правозастосуванням та правотворчістю. Разом з тим, на його думку, компетенція Конституційного Суду не передбачає здійснення нормотворчості, не пов'язаної з регламентуванням частини питань організації його внутрішньої роботи. Він вважає, що зміст інтерпретаційних актів, які видає цей орган при здійсненні офіційного тлумачення, має характер «своєрідної тіні» норм, що тлумачаться, тобто він не існує самостійно [206, с. 26, 29]. Однак пізніше автор почав дотримуватись думки щодо автономності результатів тлумачення [204, с. 55]. В свою чергу В.М. Тихий підкреслює, що правова природа офіційного тлумачення Конституції та законів України полягає в їх з'ясуванні, роз'ясненні, інтерпретації, встановленні дійсної суті, а не в поправках, змінах чи доповненнях. На його думку, Конституційний Суд не наділений функцією правотворчості. Він вважає, що у випадку виявлення в акті, що тлумачиться, прогалини, протиріччя або неузгодженості, які можна вирішити тільки законодавчим шляхом, цей орган має відмовитись від тлумачення. В.М. Тихий

пише, що змістом офіційного тлумачення є інтерпретаційні норми, які мають на меті «конкретизацію, уточнення та деталізацію» положень Конституції та законів. Автор називає ці норми допоміжними правилами та нормами роз'ясненнями, що містять «приписи, як розуміти той чи інший термін, вислів або правову норму в цілому, як її застосовувати» [184, с. 42 – 43].

На перший погляд важко не погодитись з вищезазначеною позицією В.М. Шаповала та В.М. Тихого, але потрібно навести думку М.В. Тесленко, яка на прикладі Рішення Конституційного Суду від 27 жовтня 1999 року № 9-рп/99 цілком слушно вказує на досить умовну та нечітку межу, яка розділяє результати офіційного тлумачення, яке було надане цим органом, від створення ним фактично нової юридичної норми [183, с. 8 – 9], шляхом конкретизації припису, що є предметом тлумачення. До речі, ще у 1987 р. Є.В. Бурлай визнав, що на базі судової інтерпретації норми закону нерідко створюються нові правила нормативного характеру [25, с. 88]. Справді, аналіз рішень Конституційного Суду України з офіційного тлумачення свідчить про те, що резолютивні частини більшості з них містять повноцінні нові норми права. Та обставина, що ці норми знаходяться у рамках положень, що тлумачаться, а тому лише деталізують, роз'яснюють їх зміст, встановлюють порядок (або винятки) їх застосування, не дає підстав заперечувати їх правотворчий характер. Оскільки, по-перше, продовжуючи цю думку ми прийдемо до заперечення існування норм у підзаконних актах, адже їх зміст також не може виходити за межі приписів законів, на розвиток яких вони приймаються. По-друге, факт прийняття Конституційним Судом до розгляду справи про офіційне тлумачення певної норми підтверджує те, що у даному випадку для більш точного і повного відображення волі законодавця необхідні додаткові правила, які містять нові елементи правового регулювання, оскільки простого з'ясування змісту норми, яке до цього здійснювали суди загальної юрисдикції, не достатньо. По-третє, завдяки своєму загальнообов'язковому характеру, рішення з офіційного тлумачення у багатьох випадках здатні використовуватись автономно від акту, який тлумачиться ними. Це підтверджує практика самого

Конституційного Суду: у пункті 3 мотивувальної частини Рішення від 28 березня 2001 року № 2-рп/2001 [165] він посилається на резолютивну частину попереднього рішення, подібне посилання містить пункт 5 Рішення від 11 квітня 2000 року № 4-рп/2000 [164] і т.д. Є очевидним, що по мірі збільшення кількості рішень (наприклад, текст Конституції виступив об'єктом тлумачення вже у приблизно 14 рішеннях) Конституційний Суд починає опікуватись їхньою узгодженістю, що свідчить про їх внутрішню та зовнішню структурну відокремленість і, так би мовити, юридичну самодостатність. До того ж створення Конституційним Судом України нових норм час від часу визнається і його суддями: наприклад, В.Є. Скомороха у пункті 17 своєї окремої думки до Рішення від 25 листопада 1997 р. № 6-зп прямо вказує, що Суд у вказаному Рішенні «створив нову, звужену норму» [163]. Виходячи з зазначеного, ми маємо сказати, що використання у Конституції терміну «офіційне тлумачення» неадекватно відображає сутність цього виду діяльності Конституційного Суду. Мабуть, більш доречним було б визначити, що цей орган «встановлює загальнообов'язкові правила розуміння положень Конституції та законів України».

Підтримуючи думку М.В. Тесленко, варто навести аргументи С.В. Шевчука, який зазначає: «нормативний зміст мають також рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України, такого висновку можна дійти на підставі того, що обов'язковою не тільки для суб'єкта права на конституційне подання або звернення, але й для всіх суб'єктів права є не частина мотивації цього рішення, як у класичному прецедентному праві, а його резолютивна частина, де дається тлумачення» [213, с. 47 – 48]. Хоча у статті 150 Конституції України та статті 69 Закону України «Про Конституційний Суд України» зазначається, що рішення Конституційного Суду України є обов'язковими для виконання на території України, питання конкретизації терміну «обов'язковість» залишається відкритим, оскільки невідомо, яка частина рішення є обов'язковою для всіх

суб'єктів права. Одночасно рішення є обов'язковим у цілому для того, хто звертається за тлумаченням.

У свою чергу, рішення Конституційного Суду України щодо конституційності законопроекту про внесення змін до Конституції України є обов'язковим тільки для Верховної Ради України, але, тим не менше, він також має прецедентний характер, позаяк, не маючи такого висновку, вона не може розглядати та у подальшому змінювати ці законопроекти без повторного висновку Конституційного Суду з дозволом на ці зміни [84, с. 217 – 222].

Який же статус мають рішення Конституційного Суду України з офіційного тлумачення? Відповідь на це питання цілком логічно залежить від позиції, яку займає той чи інший дослідник по відношенню до юридичної природи змісту таких рішень. Тому ми, ґрунтуючись на наших міркуваннях, викладених вище, вважаємо вказані рішення актами правотворчості. Схожою, хоча і не ідентичною, є позиція вітчизняних вчених, зокрема В.М. Тихого, який вважає їх інтерпретаційними актами, що тягнуть за собою певні юридичні наслідки і які за юридичною силою наближаються до роз'яснюваних положень Конституції та законів [184, с. 43 – 44]; В.М. Шаповала, який стверджує, що з факту прийняття Конституційним Судом України інтерпретаційних актів випливають певні юридичні наслідки, обов'язковість яких закріплена в Конституції України [204, с. 57]; М.В. Тесленка, який твердить що Конституційний суд України встановлює загальнообов'язкові правила розуміння положень Конституції та законів України [183, с. 6-7]; С.В. Шевчука, який акцентує увагу на нормативному змісті рішень Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України [213, с. 46].

Адже, як ми з'ясували вище, рішення Конституційного Суду України про офіційне тлумачення містять певні обов'язкові правила, які мають нормативно-регулююче значення та поширюються на невизначене коло осіб. Ігнорування цих рішень посадовими особами або судовими органами при застосуванні норми, щодо якої є офіційне тлумачення, є підставою для скасування їх актів.

Дещо простішим є питання про правову природу рішень Конституційного Суду України, якими встановлюється неконституційність законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Частина 2 статті 152 Конституції України встановлює, що закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України відповідного рішення. Причинами визнання неконституційним того чи іншого правового акту або його частини є його невідповідність Конституції України, або порушення встановленої Конституцією України процедури його розгляду, ухвалення або набрання ним чинності, перевищення конституційних повноважень при його прийнятті тощо. Таким чином, рішення Конституційного Суду України, які не встановлюють, що певний правовий акт (або його частина) є неконституційним, не мають прямого впливу на суспільні відносини, а тому не розглядатимуться у цій роботі.

У даному випадку Конституційний Суд України при визначенні конституційності правових актів повноваження щодо яких зазначені у статті 150 Конституції України, наділений ознаками «негативного законодавця». Ці рішення мають загальнообов'язковий характер. Згідно з частиною другою статті 152 Конституції України «закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність». Відтак, з моменту ухвалення рішення суб'єкти права не можуть застосовувати положення тих правових актів, які визнані неконституційними. При порівнянні з доктриною обов'язковості прецедентного права можна сказати, що ці рішення мають прецедентний характер.

В якості проміжного висновку можна сказати, що, на нашу думку, рішення Конституційного Суду України, якими скасовуються нормативно-правові акти (або їх частини) на підставі їх невідповідності Конституції, а також рішення щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України,

відносяться до джерел (форм) права України. Ця думка знаходить своє підтвердження у роботах М.І. Козюбри [80, с. 24 – 25], О.Ф. Скакун [174, с. 333] та є логічним продовженням тези В.Є. Скоморохи, який вважає правотворчість однією з функцій Конституційного Суду [175, с. 7]. Слід сказати, що така позиція лише останнім часом почала знаходити своє відображення в навчальній літературі [116, с. 32] та наукових дослідженнях [181, с. 7].

Аналогічні висновки можна зробити при характеристиці юридичної природи рішень Конституційного Суду України: оскільки він є «єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні» (частина друга статті 147 Конституції України), його рішення щодо застосування Конституції України мають остаточний та загальнообов'язковий характер. Отже, головною особливістю прецедентного права є те, що воно діє безпосередньо в межах судової системи та опосередковано є обов'язковим для всіх інших суб'єктів права.

Специфіка правових позицій (правоположень), що містяться у актах Конституційного Суду України, полягає у тому, що вони мають «м'який» характер на відміну від чітко визначених «жорстких» правових норм. Крім того, щоб визначити, яка частина акту має загальнообов'язковий характер, необхідно, щоб відповідний судовий орган повторно її застосував (послався) у наступному судовому рішенні, тобто сам визнав, що у попередній мотивації є обов'язковим для суду, та, опосередковано, для нижчих судів і всіх суб'єктів права.

Крім авторитету суддів, на прецедентний характер актів судової влади впливають такі чинники, як «принципова новизна та якість судового рішення», а також чинник «високого ступеня передбачуваності» судового рішення, тобто передбачення того, що у майбутньому аналогічні справи будуть вирішені відповідно до сформульованого принципу, що лежить в основі мотивації раніше прийнятого рішення (*ratio decidendi*). Тобто ця прецедентність заснована на передбаченні того, як будуть суди приймати рішення в аналогічній ситуації, оскільки рішення нижчих судів можуть бути скасовані вищими судами, якщо

вони суперечать судовій практиці. З цієї перспективи певний ступінь обов'язковості має навіть те *ratio decidendi* судового рішення, яке ще не отримало повторного застосування, але існує велика ймовірність цього.

Рішення Конституційного Суду України щодо вирішення питання про конституційність або надання офіційного тлумачення є обов'язковими й для самого Суду. Як свідчить практика, що склалася, для Конституційного Суду України обов'язковою є резолютивна частина рішення, на яку він посилається при мотивації наступних рішень. Так, у пункті третьому мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі про внесення змін до статті 98 Конституції України від 25 березня 1999 року за № 1-в/99 зазначається, що «за відсутності висновку Конституційного Суду України Верховна Рада України розглядати такі законопроекти не може (законопроекти про внесення змін до Конституції України), що було підтверджено і Рішенням Конституційного Суду України... (справа щодо внесення змін до Конституції України) від 9 червня 1998 року № 8-рп/98» [84, с. 322, 356]. Тобто, Суд прямо послався на свою правову позицію, що сформульована у раніше прийнятому рішенні.

При аналізі інших рішень Конституційного Суду України можна дійти висновку, що склалася відповідна практика посилання на раніше прийняті рішення, але у непрямий спосіб. Так, у пункті 4 резолютивної частини Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та статті 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К.Г. Устименка) від 30 жовтня 1997 року зазначається, що «винятки з конституційних норм встановлюються самою Конституцією, а не іншими нормативними актами» [84, с. 213 – 214].

У третьому абзаці пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України статей Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29 грудня 1999 року закріплюється цей принцип без посилання на попереднє рішення, в якому він був сформульований: «Конституційне забезпечення невід'ємного

права на життя кожної людини, як і всіх інших прав і свобод людини і громадянина в Україні, базується на засаді: винятки стосовно прав і свобод людини і громадянина встановлюються самою Конституцією України, а не законами чи іншими нормативними актами» [84, с. 321 – 326].

Залишається невирішеним питання щодо обов'язковості мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду, де формулюються принципи, згідно з якими обґрунтовується неконституційність певних правових актів, дається офіційне тлумачення чи висновок, що мають певні ознаки принципу *ratio decidendi*, для всіх суб'єктів права.

Так, у пункті 2 мотивувальної частини Рішення у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» від 23 грудня 1997 року за № 7-зп, зазначається, що Верховна Рада України не може через підпорядкований та підзвітний їй конституційний орган вдаватися до виконання нею ж прийнятих законів на підставі Закону, що надає їй виконавчі функції, оскільки це буде порушенням конституційного принципу поділу влади [84, с. 72 – 74].

Звичайно, Верховна Рада України має враховувати цей принцип (правову позицію) Конституційного Суду України при оцінці конституційності законопроектів, але він набуває ознак прецедентності при повторному застосуванні Конституційним Судом України при вирішенні аналогічних справ, і, таким чином, повторно закріпити, тобто офіційно визнати, що такий принцип є обов'язковим для нього. Те ж саме стосується використання мотивувальної частини рішень Суду іншими суб'єктами права: суддями звичайних судів, адвокатами, громадянами. Вони можуть посилалися на них як на авторитетний припис, який не є джерелом права, як і, скажімо, коментар до Конституції України. Але, виходячи з обов'язковості для суддів загальноправового принципу «аналогічні справи повинні бути вирішені аналогічно», Суд не може не враховувати мотивацію своїх попередніх рішень (правові позиції) при вирішенні аналогічних справ. Тому є всі підстави вважати, що такі правові

позиції мають обов'язкову силу для всіх суб'єктів права. Певною мірою ця правова позиція має меншу ступінь обов'язковості та правової визначеності на відміну від правових норм, що містяться у нормативно-правових актах та характеризуються більш високим рівнем обов'язковості та чіткості.

У Конституційному Суді України також вже склалася практика посилення на свої раніше прийняті правові позиції. Він вперше в історії українського права наблизився до застосування власної правової мотивації раніше прийнятого рішення в Рішенні у справі про ціни і тарифи на житлово-комунальні та інші послуги від 10 лютого 2000 року в абзаці другому пункту 2 мотивувальної частини: «виходячи з наведених положень, Конституційний Суд України у Рішенні від 2 березня 1999 року висловив правову позицію щодо розмежування повноважень Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, інших органів виконавчої влади у сфері формування та реалізації цінової політики». Відповідно до цієї правової позиції Верховна Рада України згідно з пунктом 5 частини першої статті 85 Конституції України визначає засади внутрішньої та зовнішньої політики, у тому числі цінової як однієї із складових внутрішньої економічної і соціальної політики держави. Кабінет Міністрів України забезпечує проведення цінової політики (пункт 3 статті 119 Конституції України). Це означає реалізацію урядом визначених парламентом основ встановлення і застосування цін і тарифів, що логічно включає їх регулювання та контроль за ними» [86, с. 24].

Так, в рішенні у справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 44, 47, 78, 80 Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік» та конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої, третьої, четвертої статті 78 Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік» (справа про зупинення дії або обмеження пільг, компенсацій та гарантій) від 1 грудня 2004 року суд прямо послався на свою попередню правову позицію: «Відповідно до правової позиції Конституційного

Суду України, оскільки для значної кількості громадян України пільги, компенсації і гарантії, право на які передбачено чинним законодавством, є додатком до основних джерел існування, необхідною складовою конституційного права на забезпечення достатнього життєвого рівня (стаття 48 Конституції України), який принаймні не може бути нижчим від прожиткового мінімуму, встановленого законом (частина третя статті 46 Конституції України), то звуження змісту та обсягу цього права шляхом прийняття нових законів або внесення змін до чинних законів за статтею 22 Конституції України не допускається... (Рішення Конституційного Суду України від 20 березня 2002 року № 5-рп/2002 у справі щодо пільг, компенсацій та гарантій)» [86, с. 429].

Крім того, при обґрунтуванні цього рішення Суд послався на власні правові позиції в інших рішеннях: від 6 липня 1999 року № 8 рп/99 у справі щодо права на пільги та від 17 березня 2004 року № 7 рп/2004 у справі про соціальний захист військовослужбовців та працівників правоохоронних органів [86, с. 431].

Іншим прикладом важливості для Суду своїх попередніх правових позицій можна навести пункт 4.1 мотивувальної частини рішення у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004: «Правову позицію щодо дотримання справедливості Конституційний Суд України висловив у Рішенні від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003 у справі про розгляд судом окремих постанов слідчого та прокурора: «Правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах» [86, с. 136].

Важливість врахування попередніх правових позицій при здійсненні конституційного судочинства підтвердив й Конституційний Суд України нової каденції. Вже у параграфі 6 мотивувальної частини свого першого рішення у

справі за конституційним поданням Вищої ради юстиції про офіційне тлумачення положення частини п'ятої статті 20 Закону України «Про судоустрій України» (справа про звільнення судді з адміністративної посади) від 16 травня 2007 року № 1-рп/2007 він зазначає: «Відповідно до пункту 31 частини першої статті 106 Конституції України повноваження Президента України визначаються лише Основним Законом України. На цю обставину Конституційний Суд України неодноразово вказував у своїх рішеннях, зокрема, у рішенні від 10 квітня 2003 року № 7-рп/2003 (справа про гарантії діяльності народного депутата України), де сказано, що «повноваження Президента України вичерпно визначені Конституцією України, а це унеможливило прийняття законів, які встановлювали б інші його повноваження (права та обов'язки)», та в рішенні від 7 квітня 2004 р/ № 9-рп/2004 (справа про Координаційний комітет), в якому вказано, що повноваження Президента України, як і повноваження Верховної Ради України, визначаються Конституцією України» [86, с. 13].

Правові позиції Конституційного Суду України можуть міститися не тільки у рішеннях та висновках, тобто в остаточних актах Суду, прийнятих відповідно до статті 150 Конституції України, але й в ухвалах про відмову у відкритті конституційного провадження. Так, наприклад, відповідно до статті 94 Закону «Про Конституційний Суд України» підставою для конституційного звернення щодо офіційного тлумачення є наявність неоднозначного застосування Конституції та законів України. У випадку наявності однозначного застосування Конституційний Суд України має відмовити у відкритті конституційного провадження на підставі пункту 2 статті 45 Закону «Про Конституційний Суд України» – невідповідність конституційного звернення вимогам, передбаченим Конституцією України та цим Законом. Але що може бути «неоднозначним застосуванням»? Законодавець не дав відповіді на це запитання, тому Суд у своїй Ухвалі від 16 листопада 2006 року № 13-у/2006 у справі за конституційним поданням Брюховицької селищної ради міста Львова щодо офіційного тлумачення

положень статті 142 Конституції України, статті 149, пункту 12 розділу X «Перехідні положення» Земельного кодексу України, частини третьої статті 16 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» встановив, що «неоднозначність застосування норми правового акту – це застосування органами державної влади однієї й тієї ж самої норми правового акту по-різному за однакових обставин». Конституційний Суд України послався на цю правову позицію в ухвалі про відмову у відкритті конституційного провадження за конституційним зверненням громадянина М. щодо офіційного тлумачення положення абзацу четвертого пункту 2 статті 9 Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» [192].

Причому у цих ухвалях містяться важливі правові позиції, які сприяють більш глибокому розумінню відповідних правових норм та слугують орієнтиром для суб'єктів права на конституційне подання та звернення, для інших зацікавлених осіб. Так, у частині 5 пункту 4 мотивувальної частини ухвали Конституційного Суду України від 11 січня 2000 року про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадян Огурцової Валентини Єгорівни та Шахматова Петра Миколайовича щодо офіційного тлумачення положень частини четвертої статті 32, статей 40, 55, 64, 124 Конституції України, статті 248-3 Цивільного процесуального кодексу України зазначається, що «конституційне звернення про одночасне офіційне тлумачення декількох статей Конституції України та закону України правомірне лише у тому разі, коли ці статті нерозривно пов'язані між собою і мають спільний предмет правового регулювання» [169, с. 379].

Іншим цікавим прикладом можуть слугувати частини 2, 3 пункту 3 мотивувальної частини ухвали Конституційного Суду України від 15 травня 2001 року про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 61 народного депутата України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 62 Закону України «Про Державний бюджет України на 2000 рік»:

«До повноважень Конституційного Суду України не належить розгляд питань щодо неузгодженості законів України між собою чи з іншими нормативно-правовими актами.

Офіційному тлумаченню підлягають лише ті закони (їх окремі положення), які відповідають Конституції України» [169, с. 382 – 383].

Слід також мати на увазі, що в силу унікальної природи правових позицій Конституційного Суду України є практика «перехресного» посилання на правові позиції, що містяться у різних видах актів Конституційного Суду України. Так, пункт 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України щодо права вето на закон про внесення змін до Конституції України від 11 березня 2003 року № 6-рп/2003 містить посилання на правову позицію, викладену у Висновку Конституційного Суду України № 1-в/2001 від 14 березня 2001 року (справа про внесення змін до статей 84, 85 та інших Конституції України) [85, с. 212 – 216].

Уже помітна тенденція посилання суддів іншої юрисдикції при прийнятті рішень на правові позиції Конституційного Суду України, які, як це вбачається з аналізу постанов Вищого господарського суду України, одержали назву «описово-мотивувальної частини рішення». Так, Судова колегія Вищого господарського суду України при розгляді касаційної скарги Львівської залізниці на рішення Вищого арбітражного суду України у мотивувальній частині навела посилання на правову позицію Конституційного Суду України, що також зробив і позивач:

«Розглядаючи справу в касаційному порядку, колегія суддів ураховує, що відповідно до пункту 5 описово-мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України від 30 травня 2001 року у справі № 1-22/2001 (про відповідальність юридичних осіб) (далі – рішення), на який посилається залізниця, притягнення до юридичної відповідальності має здійснюватися у певному порядку на підставі процесуальних норм, що регламентують провадження у справі про порушення юридичними особами законодавства.... Конституційний Суд України зазначає, що у більшості випадків законодавець,

як правило, обмежується визначенням змісту правопорушення та санкцій, суб'єкта правопорушення, органу, який накладає стягнення, та органу, до якого оскаржується рішення, не вирішуючи, зокрема, питань щодо строків притягнення до такої відповідальності, строків застосування заходів впливу, порядку оскарження рішень про накладання стягнення тощо.

Далі Конституційний Суд України відзначає, що стан регулювання притягнення юридичних осіб до відповідальності він вважає неповним і таким, що не відповідає конституційному визначенню України як правової держави. У зв'язку з цим Верховній Раді України слід у найкоротший строк врегулювати зазначене питання відповідно до положень Конституції України та з урахуванням цього рішення.

Отже, Конституційний Суд України констатує наявність певних прогалин у законодавстві, зокрема процесуальному, щодо притягнення юридичних осіб до відповідальності. Однак при цьому Конституційний Суд України аж ніяк не заперечує права та обов'язки відповідних державних органів на підставі чинних законодавчих актів притягати юридичних осіб до відповідальності та накладати на них стягнення. До того ж Конституційний Суд України вже відзначив наявність певних процесуальних норм у законах про захист економічної конкуренції, до яких, на думку колегії суддів, беззаперечно належать, зокрема, закони України «Про Антимонопольний комітет України», «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції в підприємницькій діяльності», «Про захист від недобросовісної конкуренції» [152].

Але ми дещо відхилилися від теми цього підрозділу, тому перейдемо до підсумків проведеного нами аналізу статусу рішень Конституційного Суду України. Ми не погоджуємось з думкою В.М. Шаповала про те, що «заперечення тези про ненормотворчу природу діяльності Конституційного Суду України поставило б цей орган над усім державним механізмом і навіть над самим Основним Законом» [206, с. 26 – 29], оскільки по-перше, правотворча функція Конституційного Суду обмежена правилом «зв'язаної ініціативи», тобто він може здійснювати її лише у разі звернення до нього уповноважених осіб у

визначених випадках, по-друге, самою Конституцією передбачені важелі та інструменти, за допомогою яких забезпечується паритет у відносинах всіх гілок влади: дію рішення Конституційного Суду про офіційне тлумачення можна припинити шляхом внесення зміни до положень нормативно-правового акта, щодо якого було надано офіційне тлумачення, а рішення про визнання певного нормативно-правового акту неконституційним втрачає своє значення з моменту прийняття відповідним органом нового акту, який регулює те ж саме коло суспільних відносин. Крім того, невизнання рішень Конституційного Суду джерелом (формою) права негативно позначиться на його статусі як єдиного органу конституційної юрисдикції, знизить ефективність протидії випадкам порушення прав та свобод осіб та намаганням узурпувати державну владу.

Відомі українські науковці професори Ю.С. Шемшученко та В.Ф. Погорілко на розвиток цього напрямку щодо визнання прецедентного характеру актів Конституційного Суду України серед його функцій виділяють і законодавчу (нормотворчу), яка полягає у негативній нормотворчості та тлумаченні [207, с. 54-55].

Таким чином, можна дійти висновку, що думка про те, що акти Конституційного Суду України можуть мати прецедентний характер, отримає все більшу підтримку, що є, поза сумнівом, значним прогресивним чинником для подальшого якісного розвитку конституційного правосуддя та конституційного права України. Саме тому, складна правова природа рішень Конституційного Суду України потребує, з одного боку, подальшого всебічного наукового дослідження сутності, процесу та наслідків прийняття цих актів, а з іншого – більш точного закріплення їх статусу у законодавстві.

3.2. Судовий прецедент у судовій практиці вищих загальних та спеціалізованих судових органів.

Законодавство незалежної України формувалося в умовах переходу від адміністративно-командної до демократичної системи управління, а тому грішило на велику кількість суперечностей, прогалин та неясностей. При цьому у переважній більшості норми законів носили абстрактно-загальний характер. Законодавець не завжди міг точно довести до органу правозастосування суть нормативно-правового акту та охопити законом увесь спектр суспільних відносин, які динамічно розвивалися. А тому саме суд у правозастосовному процесі був покликаний усунути неясність закону, дати його найбільш точне тлумачення і роз'яснення та заповнити прогалину законодавства.

У процесі правозастосування суд, як відомо, повинен застосовувати закон в повній відповідності із його змістом. Внаслідок цього у судів виникали труднощі в розумінні і застосуванні норм та приписів нормативно-правових актів. У свою чергу, ці труднощі тягнули за собою порушення конституційних принципів рівності осіб перед законом та судом, верховенства закону, оскільки дія закону не забезпечувалася однаковим і правильним судовим правозастосуванням з боку всіх судових органів.

Судді при здійсненні правосуддя є незалежні та підпорядковуються лише закону, при цьому суддя не вправі відмовити в судовому захисті громадянину з підстав відсутності чи нечіткості нормативно-правового акту. А тому в таких ситуаціях доурегулювати спірні відносини має право суд. Рішення вищих судових органів, прийняті по такій категорії суперечливих справ, стають додатковим регулятором суспільних відносин, що розповсюджуються на невизначене коло осіб і діють до прийняття відповідного нормативно-правового акта. Ігнорування таких судових рішень призводить у подальшому до прийняття необґрунтованих і незаконних судових рішень, порушує права людини та сприяє зниженню довіри до справедливого судочинства.

Як наслідок, суди зобов'язані керуватися не тільки Конституцією та законами України, але й рішеннями вищих судових органів, що виконують роль додаткового джерела права.

Однак існуюча судова система, яка була сформована за радянським зразком, була не готова до нових умов суспільного життя, коли судова гілка влади змушена була б перетворитися на дієвий механізм захисту прав та свобод людини. В цих умовах суд потрібно інтегрувати із звичайного органу правозастосування в орган із правотворчими функціями, який б оперативно реагував на зміни суспільного життя та недостатність дієвості законодавства.

З цього приводу, в контексті реформування судової системи України, можна навести тези російського вченого С.С. Алексєєва, який писав: «Надо полагать, настала пора вообще изменить наше видение правосудия, интерпретацию его назначения как одного лишь «применителя права». Опыт развитых демократических стран, причем не только англо-американской группы, свидетельствует, что высокий уровень правового развития достигается в обществе тогда, когда суд опирается на Конституцию, закон, на общепризнанные права человека, также и творит право. Поэтому придание решениям высших судебных инстанций страны функций судебного прецедента представляется делом назревшим, вполне оправданным» [3, с. 76 – 77].

На практиці реформування судової системи України, яке, фактично розпочалося з 1991 року та триває майже двадцять років, завершилося прийняттям 7 липня 2010 року Закону України «Про судоустрій і статус суддів», який набрав чинності 30 липня того ж року. І хоча ним було суттєво обмежено повноваження Верховного Суду України як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції (частина 1 статті 38 вказаного Закону), водночас, вперше на законодавчому рівні було фактично закріплено прецедентний характер рішень Верховного Суду України. Такий однозначний висновок впливає зі змісту Прикінцевих положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів», якими приписано внести зміни до всіх

процесуальних кодексів України шляхом доповнення останніх правовою нормою наступного змісту:

– «Рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм кримінального закону щодо подібних суспільно небезпечних діянь, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, та для всіх судів України» (стаття 400-25 Кримінально-процесуального кодексу України [91]);

– «Рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішеннями Верховного Суду України» (стаття 111-28 Господарського процесуального кодексу України [36]);

– «Рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішенням Верховного Суду України. Невиконання судових рішень тягне за собою відповідальність, установлену законом» (стаття 360-7 Цивільного процесуального кодексу України [199]);

– «Рішення Верховного Суду України, прийняте за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального

права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначені норми права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність з рішенням Верховного Суду України. Невиконання судових рішень тягне за собою відповідальність, установлену законом.» (ст. 244-2 Кодексу адміністративного судочинства України [79]).

Наведені вище зміни до процесуальних законів дали всі підстави говорити про законодавче закріплення судового прецеденту в правовій системі України. При цьому, це стосується фактично усіх галузей правовідносин.

Важливим інструментом для досягнення цієї мети слугують роз'яснення Верховного Суду, прийняті у формі постанов Пленуму. Авторитет таких роз'яснень, теоретичне і практичне значення правоположень, що в них містяться, важко переоцінити і правознавцям – теоретикам, і, звісно, практикуючим юристам. Не дивно, що неодноразово за весь час існування Верховного Суду України та його роз'яснень поставало питання про їх юридичну природу та потенційне місце в системі нормативно-правових актів. Квінтесенцію проблематики навколо Верховного Суду можна висловити таким чином: чи були (є) постанови Пленуму Верховного Суду (спочатку СРСР та УРСР, далі України) джерелами права?

Однозначних відповідей не було ані за радянських часів, ані сьогодні. Як вже зазначалось, офіційно право Суду на правотворчість не визнавалося, однак, поодинокі рішення Суду обходилося без підкріплення (хоча б фактичного, якщо не формального) своєї позиції посиленням на відповідні постанови Пленуму Верховного Суду СРСР чи УРСР. Позиції вчених щодо юридичної природи роз'яснень постанов Пленумів Верховного Суду України також розділилися.

Вперше інститут керівних роз'яснень вищими судовими органами був встановлений Декретом ВЦВК і РНК від 10 березня 1921 року. Згідно з цим нормативним актом Верховний Суд надавав «керівні роз'яснення». 16 серпня

1938 року. прийнятий Закон «Про судоустрій СРСР, союзних і автономних республік». Ст. 75 закріплювала положення про те, що Пленум Верховного Суду СРСР дає «керівні вказівки з питань судової практики на основі рішень, прийнятих по розглянутих Верховним Судом СРСР судових справах» [59]. «Вказівка», як синонім «настанови», в порівнянні з терміном «роз'яснення» має більш обов'язковий характер, навіть прецедентний. Отже, Верховний Суд на цій підставі мав не просто повноваження спрямовувати практику нижчестоящих судів.

Остаточного питання щодо обов'язковості керівних роз'яснень було вирішено з прийняттям 30 листопада 1979 року Закону СРСР «Про Верховний Суд СРСР», який містив у собі вже іншу норму. Стаття 3 закону передбачала, що Верховний Суд дає керівні роз'яснення судам з питань застосування законодавства, що виникають при розгляді судових справ, і які є обов'язковими для всіх судів. Отже, опосередковано вони є обов'язковими для всіх осіб, які реально беруть участь у судових справах, або потенційно можуть виступати учасниками судових процесів, тобто фактично для всіх суб'єктів права. В результаті питання про обов'язковість постанов Пленуму Верховного Суду вже не поставало, однак, дискусія стосовно наявності в них нових правових норм і можливості визнання їх (постанов) джерелами права залишається відкритою і донині.

У процесі становлення України як правової держави по новому постали питання щодо керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду. Особливо гострою стояла проблема незалежності суддів, оскільки необхідно було зробити ефективні кроки від суто «паперового» змісту принципу незалежності суддів, який існував і за радянських часів, до його нового реального наповнення. Відповідно деяким вченим і практикам стало здаватися, що саме в обов'язковому характері постанов Пленуму міститься основна загроза незалежності суддів.

Конституція України визначила Конституційний Суд України єдиним органом, на який покладається повноваження щодо офіційного тлумачення

законів України. Як зазначав Г.В. Омеляненко, роз'ясненнями не можуть встановлюватися зразки інтерпретації законів, оскільки така діяльність відноситься до повноважень Конституційного Суду України [132, с. 14]. Хоча той факт, що Конституційний Суд має повноваження з тлумачення тільки Конституції та законів України, був позбавлений уваги, отже питання який незалежний орган має право тлумачити, наприклад, постанови Кабінету Міністрів України, автор залишив відкритим.

Хоча ще до липня 2001 р., коли вступили в силу перші закони, спрямовані на тотальне реформування судової системи України, юридична сила роз'яснень визначалась статтею 40 Закону УРСР «Про судоустрій» від 5 червня 1981 р., яка зазначала, що роз'яснення Пленуму Верховного Суду України є «обов'язковими для суддів, інших органів і службових осіб, що застосовують закон, по якому дано роз'яснення» [66]. До речі, те ж саме було передбачено і Законом України «Про арбітражні суди» від 4 червня 1991 року стосовно роз'яснень Вищого Арбітражного Суду [64]. Повторимося, що очевидно і ті, й інші роз'яснення були фактично загальнообов'язковими, адже вони мали поширювати свою дію і на осіб, які застосовували закон і потенційно могли звернутися до суду.

Закон України «Про судоустрій» від 7 лютого 2002 року скасував дію попередніх двох законів і зазначив, що Верховний Суд України і вищі спеціалізовані суди дають роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства без жодних застережень щодо обов'язковості таких роз'яснень [63].

Варто зазначити, що Пленум Верховного Суду за радянських часів існував у більш привілейованому становищі порівняно з сьогоденням. Принаймні довгий час законодавчо була закріплена обов'язковість керівних роз'яснень. Виникає природне запитання навіщо взагалі було залишати цей інститут роз'яснень, якщо їх можна ігнорувати. Адже саме шляхом надання таких роз'яснень, які мають обов'язкову силу для нижчестоящих судів, Верховний Суд України має забезпечувати однакове застосування

законодавства усіма судами, що є його першочерговим завданням відповідно до законодавства. В іншому випадку, користування суддями положеннями роз'яснень і посилання на останні можуть бути кваліфіковані як порушення статті 14 Закону України «Про судоустрій», яка говорить про незалежність суддів від будь-якого впливу.

Таким чином, підтверджується теза про те, що судовий прецедент невід'ємно пов'язаний із судовою ієрархією й вимогами правової системи щодо забезпечення єдності судової практики. Верховні суди можуть переглянути рішення нижчих судів, якщо вони не відповідають рішенням вищих судів та наданим ними роз'ясненням щодо правильного застосування законодавства. Прецедентний характер актів вищих судів ґрунтується на відповідних повноваженнях щодо здійснення правосуддя, які полягають у тому, що вищі суди можуть скасувати, переглянути або змінити рішення нижчих судів, якщо останні не відповідають порядку мотивації (правоположенням), що сформульовані у рішеннях вищих судів. З цієї точки зору судовий прецедент або «прихована» судова правотворчість існувала завжди в радянській та українській правовій системі.

З позиції доктрини судового прецеденту навряд чи можна назвати класичним прецедентним правом роз'яснення Верховного Суду України та Вищих спеціалізованих судів. Зазначені роз'яснення є узагальненням судової практики із застосування певних норм законодавства, а не мотивацією суду при вирішенні конкретної справи, яка має обов'язкове значення. Сучасний дослідник С.В. Шевчук обстоював позицію, що такі роз'яснення мають нормативний зміст, оскільки вони є обов'язковими для нижчих судів та опосередковано обов'язковими – для всіх суб'єктів правовідносин, які застосовують норми права, стосовно яких була узагальнена судова практика у формі роз'яснень [211, с. 28]. Д.Ю. Хорошковська з цього приводу зазначала, роз'яснення, які містяться в постановах Пленуму Верховного Суду України, не є судовими прецедентами в класичному варіанті загального права. Однак той факт, що постанови Пленуму не є судовими прецедентами, не свідчить, що

вони не є джерелами права, в яких не містяться нові правоположення [195, с. 127].

Необхідність надання таких роз'яснень пояснюється здійсненням контрольних повноважень Верховним Судом за єдністю та однаковістю судової практики. На думку Є.В. Васьковського, система, за якої нагляд за єдністю судової практики здійснює особливий верховний суд, має найбільше переваг, але суд з відповідними повноваженнями має бути єдиним, оскільки при розподілі функцій між кількома судами не може мати місця однакова судова практика [27, с. 35 – 38].

Положення, які містяться у постановах Пленуму, за класифікацією радянського вченого С.М. Братуся, можна поділити на такі групи:

- нагадування про чинні норми права, які в силу тих чи інших причин ігноруються або неправильно застосовуються судами при вирішенні справ;
- роз'яснення змісту чинних норм права, формулювання логічних висновків, які випливають з них, без будь-якої конкретизації цих правоположень;
- створення прецеденту тлумачення норм права шляхом конкретизації нечітких понять, деталізації тощо;
- усунення прогалин у тих галузях права, де допускається використання аналогії права та/чи аналогії закону [180, с. 149 – 157].

Викликає інтерес позиція С.Л. Зівса, який вказує на цілу низку ознак юридичної природи постанов пленумів верховних судів, що нагадують нормативно-правові акти: 1) у деяких випадках конкретизуючий нормативний характер роз'яснення Пленуму Верховного Суду може ґрунтуватися на порівняльній інтерпретації двох норм чи більше, що встановлені різними статтями (частинами) будь-якого закону; 2) схожість з нормативним актом – «нормативність» постанов Пленуму Верховного Суду України втілюється в іноді автономній дії. Це може мати місце у випадку, коли сам роз'яснювальний, а, точніше, правовий акт, що конкретизується постановою, перестав діяти, замінений іншим. Положення нового акта потребують аналогічної

інтерпретації, а постанова, що раніше видана, зберігається; 3) у практиці Верховного Суду СРСР мав місце випадок надання постанові Пленуму зворотної дії (у державній практиці СРСР були непоодинокі випадки надання нормативно-правовим актам зворотної сили, це вважалося ознакою «нормативності»; так, постанова 4-го Пленуму Верховного Суду СРСР щодо поновлення у правах громадянства та амністії, закінчується вказівкою на те, що це роз'яснення має зворотну силу); 4) у практиці відомі випадки, коли постановами Пленуму окремим нормативним положенням надавалось більш ширше значення, ніж те, що малось на увазі спочатку (свідчення наявності розширеного тлумачення); 5) зміни у законодавстві повинні призвести до визнання, що постанови Пленуму Верховного Суду втратили силу, але в силу автономного характеру дії постанов, визнання відповідної постанови такою, що втратила силу, оформлюється постановами Пленуму в особливому порядку; 6) нормативність постанов Пленуму підкреслюють кодифікаційні заходи щодо їх впорядкування; нерідко наступними постановами змінюються раніше видані; 7) сам Верховний Суд вживає таке поєднання слів, яке підкреслює, що постанови Пленуму підлягають «застосуванню» так само, як й законодавчі акти [68, с. 181 – 183].

Хоча у цілому ці постанови пленумів не можна віднести до нормативно-правових актів. Вони є актами судової влади, основною функцією якої є здійснення правосуддя, і спрямовані на забезпечення цієї функції та зміцнення єдності судової практики. Зазначені постанови пленумів не приймаються у результаті здійснення правотворчої (законотворчої) компетенції та не мають відповідних реквізитів нормативно-правового акту. Вони лише узагальнюють судову практику по застосуванню правових норм, що склалася, тобто є похідним або допоміжним елементом правового регулювання. Отже, постанови пленумів відносяться до актів судової влади прецедентного характеру, тобто є проявом здійснення правотворчої функції суду.

Вищі суди здійснюють контроль за правильним та своєчасним розглядом справ, спрямовують судову практику і, реалізуючи ці функції, виправляють

помилки судів першої та апеляційної інстанції, а відтак, забезпечують однакове і правильне застосування судами законів, дотримання у судовій практиці норм матеріального і процесуального права [41, с. 151]. Забезпечення реалізації принципу правової визначеності та однаковості судової практики – головне завдання касаційних інстанцій (касаційних та верховного судів).

Для забезпечення єдності та узгодженості судової практики, а також для утвердження однакового застосування судами законодавства в Україні вищі, спеціалізовані та апеляційні суди наділяються відповідними повноваженнями.

Так, відповідно до частини 1 статті 47 Закону України «Про судоустрій України» [63] Верховний Суд України забезпечував однакове застосування законодавства всіма судами загальної юрисдикції. Він також давав судам роз'яснення з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики; у разі необхідності визнавав нечинними роз'яснення Пленуму вищого спеціалізованого суду (пункт 2 частини 2 статті 47 Закону України «Про судоустрій України»). Крім того, офіційно питаннями узагальнення судової практики та прийняттям відповідних рекомендацій займалася й Президія Верховного Суду України (пункт 3 частина 3 статті 54 Закону України «Про судоустрій України»). Ці питання відповідно до статей 105 та 106 цього ж Закону можуть обговорювати й Збори суддів (Верховного Суду України та суддів вищого спеціалізованого суду).

Для забезпечення єдності (однаковості) судової практики вищі спеціалізовані суди надавали методичну допомогу судам нижчого рівня з метою однакового застосування норм Конституції України та законів у судовій практиці й давали рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції (пункт 3 частина 1 статті 39 Закону «Про судоустрій України»). Такі роз'яснення з питань застосування спеціалізованими судами законодавства при вирішенні справ відповідної судової юрисдикції надавалися Пленумом вищого спеціалізованого суду (пункт 1 частина 2 статті 44 Закону України «Про судоустрій України»).

Згідно із положеннями процесуальних кодексів Верховний Суд України наділявся повноваженнями щодо перегляду судових рішень у касаційному порядку у зв'язку з винятковими обставинами, якщо вони оскаржені з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одного і того самого положення закону (пункт 1 частина 1 стаття 354 Цивільного процесуального кодексу України [199]; пункт 1 частина 1 стаття 237 Кодексу адміністративного судочинства України [79]).

Відповідно до статті 111¹⁵ Господарського процесуального кодексу України [36] Верховний Суд України переглядав у касаційному порядку постанови чи ухвали Вищого господарського суду України у випадках, коли вони оскаржені у разі їх невідповідності рішенням Верховного Суду України чи Вищого суду іншої спеціалізації з питань застосування норм матеріального права (пункт 2 статті 111¹⁵), а також у зв'язку з виявленням різного застосування Вищим господарським судом України одного й того ж положення закону чи іншого нормативно-правового акта в аналогічних справах (пункт 3 статті 111¹⁵). Ця стаття Господарського процесуального кодексу України є найбільш цікавою з перспективи визнання на законодавчому рівні нормативності актів Верховного Суду України.

На думку українського дослідника Д.В. Кухнюка, до основних засобів для утвердження однаковості судової практики належать:

- здійснення судочинства вищими судовими інституціями України. При підтвердженні судом вищої інстанції правильності прийнятого рішення або при використанні вищим судом при розгляді аналогічної справи правила, створеного судом нижчої інстанції, авторитет цього правила підвищується і воно стає орієнтиром для вирішення таких справ нижчими судами;

- закріплення у законодавстві спеціальних підстав для скасування судових рішень, які безпосередньо пов'язані з неоднаковим застосуванням судом положень законодавства;

- надання доступу до судових рішень, яке здійснюється двома способами: а) шляхом ведення єдиного державного реєстру судових рішень; б) шляхом

публікації судових рішень у спеціальних збірниках, засобах масової інформації, на сайтах у мережі Інтернет;

- надання посадовими особами вищих судів інформації рекомендаційного характеру щодо застосування судами положень законодавства у засобах масової інформації (переважно спеціальних) у вигляді інтерв'ю, аналітичних статей тощо;

- надання методичної допомоги апеляційними, вищими спеціалізованими судами та Верховним Судом України, їх відповідними посадовими особами судам нижчого рівня;

- здійснення підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації суддів і працівників апарату судів в єдиному навчальному закладі – Академії суддів України;

- здійснення офіційного тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом України;

- надання рекомендаційних роз'яснень пленумами вищих спеціалізованих судів з питань застосування законодавства щодо вирішення справ відповідної судової юрисдикції;

- надання Пленумом Верховного Суду України роз'яснень з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики [94, с. 27 – 28].

Отже, з метою забезпечення єдності судової практики необхідно, аби не тільки постанови пленуму мали обов'язковий характер, але й те, щоб рішення нижчих судів з конкретних справ узгоджувались з аналогічними рішеннями вищих судів. Слід також звернути увагу на те, що «за інстанційною судовою системою, яка діє в Україні, кожен рівень судів зберігає самостійність та незалежність, водночас, реалізується принцип взаємоповаги між судами різних рівнів та цінності визначеної у справі правової позиції. Водночас, інстанційна система не відкидає, а навпаки — підкреслює особливе місце найбільш авторитетного на системному рівні суду» [134, с. 11].

Слід також нагадати, що «класичне» прецедентне право формується у результаті розгляду судом вищої юрисдикції конкретної справи, а не встановлюється як результат абстрактних узагальнень судової практики щодо певної категорії справ. Ця специфіка «від конкретного до загального» пов'язана з професійним обов'язком суддів здійснювати правосуддя, що передбачає також обов'язкову вмотивованість та обґрунтованість судових рішень.

26 травня 2006 року Рада суддів України при обговоренні Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, що схвалена Указом Президента України 10 травня 2006 року, прийняла спеціальну заяву «Про концептуальні підходи Ради суддів України для подальшого здійснення судово-правової реформи в Україні», де в абзаці другому пункту 6 спеціально звертає увагу на необхідність забезпечення стабільності судової практики через рішення Пленуму Верховного Суду України, в якого має бути право надавати судовим рішенням у конкретних справах прецедентне значення, тлумачити правові норми і визначати неврегульовані законом процедури розгляду справ судами, а його роз'яснення повинні мати обов'язковий характер. Ця позиція знайшла широку підтримку в суддівському корпусі України та поділяється відомими правниками та політиками. Так, зокрема, народний депутат України В.Р. Мойсик вважає, що «обов'язковість роз'яснень Пленуму Верховного Суду України якраз і має ґрунтуватися на, так би мовити, «процесуальній зверхності» Верховного Суду України над всіма іншими судами нашої держави. Іншими словами, Пленумом Верховного Суду України будуть скасовані всі судові рішення, у яких проігноровано його роз'яснення. Тільки тоді Верховний Суд України зможе забезпечити однакове застосування норм матеріального і процесуального права нашої країни, до чого він зобов'язаний законами України» [125, с. 9].

Дискусія щодо обов'язковості роз'яснень Пленуму Верховного Суду України для нижчих судів триває ще з радянських часів і, як вбачається, суперечки точаться навколо питання, чи треба закріплювати законом їх

обов'язкову юридичну силу? Насправді як, наприклад, це відбувається у країнах англо-американського права, відповідне положення щодо обов'язковості рішень Верховного суду для нижчих судів не закріплюється законом, а походить з вимоги забезпечення практичних потреб, тобто виходить із потреб єдності правозастосовної практики та принципу ієрархії юрисдикцій. Основні аргументи вже називались у цьому дослідженні, й до них належать: наявність у Верховного Суду України відповідних процесуальних повноважень щодо скасування та перегляду рішень нижчих судів, зокрема тих, які не відповідають правовим позиціям Верховного Суду, а також те, що судді Верховного Суду України є людьми з найвищим авторитетом та значним професійним досвідом.

Як приклад застосування положень постанов Пленуму Верховного Суду України як правової підстави для прийняття рішення можна навести ухвалу колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 грудня 2006 року щодо вироку Сімферопольського районного суду Автономної республіки Крим, який засудив Н. за частини 2 статті 121 Кримінального кодексу України на сім років позбавлення волі. Колегія відмовила у задоволенні касаційної скарги, оскільки достатніх підстав для призначення Н. більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, немає. При цьому судді Верховного Суду України послались на пункт 8 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 року № 7 «Про практику призначення судами кримінального покарання», яким передбачено, що призначення основного покарання, нижче від найнижчої межі, передбаченої законом, згідно із статтею 69 Кримінального кодексу України може мати місце лише за наявності кількох (не менше двох) обставин, що пом'якшують покарання та істотно знижують ступінь тяжкості вчиненого злочину, з урахуванням особи винного. Тобто введення постановою Пленуму критерію кваліфікації «не менше двох» і є, по суті, судовою правотворчістю. Тому Суд при винесенні ухвали посилається саме на ці положення постанови, а не тільки на положення кримінального кодексу, зокрема, на статтю 69 [190].

Іншим прикладом прямого посилання на постанови Пленуму може слугувати ухвала Колегії суддів Судової палати з кримінальних справ Верховного Суду України по справі П. Як вказали судді Верховного суду України, «відповідно до пункту 10 постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року за № 4 «Про судову практику в справах про злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» незаконне заволодіння наркотичними засобами та наступне їх зберігання, перевезення, пересилання з метою збуту чи без такої мети, а також їх незаконний збут утворюють сукупність злочинів, відповідальність за які передбачена статтею 308 і статтею 307 чи статтею 309 Кримінального кодексу України але не утворюють ознаки повторності, передбаченої частиною 2 статті 307 або частиною 2 статті 309 цього Кодексу.

Виходячи з наведеного, колегія суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України судові рішення змінила, перекваліфікувавши дії П. з частини 2 статті 309 на частину 1 статті 309 Кримінального кодексу України» [179, с. 439 – 440].

На відміну від посилань на постанови Пленуму в мотивувальних частинах рішень у конкретних судових справах, практика прямого посилання на аналогічні судові рішення, які містять правові позиції з того або іншого питання, практично відсутня у діяльності судів загальної та спеціалізованої юрисдикції (за винятком конституційного суду). Попри це, суди, зокрема Верховний Суд України (окремі авторитетні судді), видають збірки правових позицій з цих або інших важливих правових питань, які вже були розглянуті. Вони слугують орієнтирами для суддів при розгляді окремих категорій справ, тобто являють собою щось на кшталт італійської «массіми», тобто «прив'язка» до конкретної справи відсутня.

Так, наприклад, при розгляді трудових справ була сформульована така правова позиція: «Оскільки законодавством не визначено переліку обставин, наявності яких прогул вважається вчиненням із поважних причин, у справах про звільнення за пунктом 4 статті 40 Кодексу законів про працю суд вирішує

питання про поважність причин відсутності працівника на роботі, виходячи з конкретних обставин і враховуючи будь-які докази з числа передбачених статтею 27 Цивільно-процесуального кодексу України. При цьому відсутність працівника за станом здоров'я може підтверджуватись не лише лікарняним листком чи довідкою медичної установи, а й показанням свідків та іншими доказами» [154, с. 217]. Але суди не можуть прямо посилається на ці правові позиції у тексті рішень, а суд вищої інстанції не може, відповідно, скасувати акти нижчих судів з посиланням, серед іншого, на суперечність мотивації нижчого суду цій правовій позиції, а тільки на текст закону. Тобто ці правові позиції використовуються як впливовий інформаційний матеріал, спосіб спрямування судової практики у потрібному напрямі, тобто спосіб забезпечення її одноманітності.

Також є відома практика посилання судів на свої раніше прийняті рішення у контексті перегляду справи за винятковими обставинами. Так, як наголошувалось, відповідно до пункту 1 частини 1 статті 354 Цивільно-процесуального кодексу України судові рішення у цивільних справах можуть бути переглянуті у зв'язку з винятковими обставинами після їх перегляду у касаційному порядку, якщо вони оскаржені з підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції того самого положення закону. Так, у листопаді 2001 р. група позивачів звернулася з позовом до ПП «Агропрогрес» про витребування в натурі майнового паю. У задоволенні судового позову було відмовлено. Справа пройшла всі інстанції й 16 листопада 2004 р. ухвалою Верховного Суду України у задоволенні касаційної скарги було відмовлено. У липні 2005 року до Верховного Суду України надійшла скарга позивачів про перегляд у зв'язку з винятковими обставинами, оскільки постановлені в іншій справі (справі С.) з аналогічних підстав та з аналогічним предметом позову до того ж самого відповідача судові рішення про відмову у позові ухвалою Верховного Суду України 17 лютого 2005 року були скасовані з направленням справи на новий розгляд, за результатами якого позов С. частково задоволено. Тому Колегія суддів Судової палати у цивільних справах

Верховного Суду України також частково задовольнила скаргу цієї групи позивачів [191].

Слід також мати на увазі, що, відповідно до процесуальних кодексів, вищі суди (Верховний Суд України, Вищий адміністративний суд України, Вищий господарський суд України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ) можуть скасувати відповідні судові акти – об'єкти касаційного перегляду – та відправити справу на новий розгляд до суду першої інстанції, але при цьому повинні дати вказівки, які є обов'язковими для суду першої інстанції під час нового розгляду справи.

У судовій практиці відомий феномен посилення не тільки на постанови Пленуму, але й на так звані «інформаційні листи» з різних питань, зокрема, щодо застосування законодавства. Так листом в.о. голови Верховного Суду України П.П. Пилипчука головам апеляційних судів України від 25 січня 2006 року № 1-5/45 роз'яснюється практика застосування та тлумачення ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод щодо розумного строку судового розгляду. Крім викладення основних підходів Європейського суду з прав людини щодо тлумачення цього терміна, у листі містяться й інші положення. Наприклад, як зазначає в.о. голови Верховного Суду України, апеляційним судам слід звернути увагу на те, що рішення про повернення справи на новий судовий розгляд у суд першої інстанції ними може ухвалюватися лише з підстав, вичерпний перелік яких чітко передбачений процесуальним законодавством (стаття 311 Цивільно-процесуального кодексу України, частина 2 статті 374 Кримінально-процесуального кодексу України, стаття 204 Кодексу адміністративного судочинства України).

Як приклад застосування цих листів у судовій практиці можна навести ухвалу Київського апеляційного господарського суду у справі № 22/609 від 19 квітня 2006 року за позовом ВАТ «Укрнафта» до ТОВ «Інтернафтотрейд» про розірвання договору про спільну діяльність. У ній зазначено, що відповідно до абзацу 6 інформаційного листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання судової практики, пов'язані з оскарженням ухвал господарських

судів» № 01-8/157 від 31 січня 2005 року, у разі подання касаційної скарги на ухвалу місцевого або апеляційного господарського суду, яку не може бути оскаржено, відповідному місцевому або апеляційному господарському суду, до якого надіслано скаргу, слід відмовляти у прийнятті такої скарги з посиланням на частину першу та четверту статті 111-13 Господарсько-процесуального кодексу України. Цей суд, зокрема з посиланням на інформаційний лист, відмовив у задоволенні касаційної скарги.

Феномен посилання на листи-роз'яснення вищих судів відомий не тільки у судовій, але й в адміністративній практиці. Так, 21 грудня 2006 року Міністерство юстиції України надало юридичний висновок, де вказало на те, що Шевченківський районний суд м. Києва, постановивши ухвалу про призупинення дії акту органу державної влади індивідуального характеру (постанова Верховної Ради України від 1 грудня 2006 року № 413-V «Про звільнення Б.І. Тарасюка з посади міністра закордонних справ України»), проігнорував роз'яснення Вищого адміністративного суду України та вийшов за межі підстав забезпечення позову, передбачених частиною першою статті 117 Кодексу адміністративного судочинства України.

У цьому роз'ясненні стверджувалось таке: «Позовними вимогами в адміністративних справах стосовно визнання незаконними актів органів державної влади про звільнення з посад є скасування правових актів індивідуального характеру та поновлення на роботі. Забезпечуючи такий позов шляхом зупинення дії правового акту індивідуального характеру про звільнення з посади, суд фактично поновлює позивача на посаді (вирішує позовну вимогу) на період розгляду справи, тобто продовжує трудові (службові) відносини між позивачем та роботодавцем (суб'єктом владних повноважень) з відповідними наслідками – виконанням трудових (службових) обов'язків, виплатою заробітної плати тощо, що не узгоджується з метою застосування правового інституту забезпечення позову. Отже, забезпечуючи адміністративні позови про скасування актів державної влади про звільнення з посад у такий спосіб, суди виходять за межі підстав забезпечення позову,

передбачених частиною першою статті 117 Кодексу адміністративного судочинства, та частково вирішують позовні вимоги на період дії ухвали про забезпечення позову, що є неприпустимим» [216].

Крім того, листами керівництво вищих судів може роз'яснювати певне правове питання, звертати увагу на певну правову проблему та пропонувати способи її вирішення. Так, наприклад, листом Вищого господарського суду України за № 0/978 від 30 серпня 2002 року «Про рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2002 року» до відома господарських судів було доведено, що до внесення відповідних змін до Господарського процесуального кодексу України та інших актів законодавства господарським судам слід виходити з того, що правові норми, якими встановлено порядок досудового врегулювання спорів, а також наслідки недотримання вимог зазначених норм не можуть застосовуватись у вирішенні господарських спорів [13, с. 288]. Як вважає О. Беяневич, цим листом було певним чином скоординовано практику застосування господарськими судами відповідних процесуальних норм, оскільки зміни до Господарського процесуального кодексу України було внесено майже через три роки після винесення рішення Конституційним судом України [13, с. 288].

Наведемо також приклад формування правової позиції Вищим господарським Судом та Верховним Судом України при розгляді конкретної справи. Під час перегляду справи в апеляційному порядку відповідачем було поставлено питання про пропуск позивачем строку позовної давності щодо обладнання, на який встановлений гарантійний строк. Статтями 72 та 249 Цивільного кодексу УРСР встановлений скорочений шестимісячний строк позовної давності за позовами, що випливають з поставки продукції неналежної якості, але при цьому чітко не встановлено, з якого моменту цей строк розпочинається, коли на продукцію встановлений гарантійний строк. Суд апеляційної інстанції визначив, що позивач відповідно до гарантійних умов мав право вимагати лише ремонту чи заміни обладнання, і це обмежувало його у праві вимагати відшкодування збитків у вигляді вартості обладнання. Лише

після закінчення гарантійного строку, встановленого контрактом, позивач позбавляється права вимагати заміни чи ремонту обладнання, і у нього виникає право вимоги на відшкодування збитків та неустойки. Таким чином, у постанові апеляційного суду встановлюється правило поведінки для сторін справи. Суд касаційної інстанції у постанові за результатами перегляду справи також послався на відсутність пропуску позивачем скороченого строку позовної давності у даному майновому спорі, передбаченого зазначеними статтями Цивільного кодексу УРСР, оскільки перебіг цього строку згідно зі статтею 76 названого Кодексу розпочався з дня настання граничного строку дії гарантійних умов.

Цю постанову Вищого господарського суду переглянув Верховний Суд України у порядку повторної касації, коли судді підтвердили висновки апеляційної та касаційної інстанцій. На думку суддів Верховного Суду України, позивач не мав права протягом гарантійного періоду вимагати відшкодування збитків у вигляді вартості обладнання, оскільки умови договору та положення про поставки надавали йому протягом цього періоду лише право вимагати від відповідача усунення дефектів або заміни обладнання. Відтак, судовою практикою сформована така правова позиція Верховного Суду України: якщо договором поставки встановлено гарантійний строк експлуатації продукції, то перебіг строку позовної давності за позовами про недоліки поставленої за таким договором продукції починається з дати закінчення гарантійного строку [150, с. 76 – 77].

Сприйняття нормативності актів спеціалізованих судів загалом не відрізняється від зазначених тенденцій. Сама ідея утворення спеціалізованих судів з чітко визначеною і обмеженою юрисдикцією має на меті досягнення кількох важливих цілей:

1. Ефективність судової системи. Утворення спеціалізованих судів, по-перше, звільняє суди загальної юрисдикції від розгляду специфічних спорів у певних галузях права. Таким чином, судді загальної юрисдикції позбавляються необхідності вивчати складні питання теорії і практики вирішення спорів у

специфічних галузях, що віднесені до компетенції спеціалізованих судів, і тому отримують можливість більше уваги надавати вивченню правових питань теорії і практики, що виникають чи можуть виникнути в інших галузях права. Також судді спеціалізованих судів мають можливість докладно вивчати і досліджувати питання теорії та практики лише в окремих галузях. Це дозволяє їм більш швидко і професійно вирішувати спори, віднесені до їхньої компетенції. Таким чином, збільшується ефективність усієї судової системи. Зокрема, як свідчить іноземний досвід, якщо метою судової системи є забезпечення високоякісного вирішення спорів, особливе значення має передача юрисдикції щодо адміністративно-правових спорів, які часто є складними і такими, що потребують багато часу на вирішення, до системи спеціалізованих адміністративних судів.

2. Ефективність правової системи. Це міркування є похідним від ідеї забезпечення ефективності судової системи. Судді спеціалізованих судів в силу значного практичного досвіду вирішення справ у певних визначених галузях мають достатній досвід і тому мінімізується можливість прийняття помилкових рішень. Представникам сторін у справі немає необхідності вдаватися у тривалі пояснення положень законодавства у відповідній галузі права та спеціальних принципів, притаманних такому праву. Це поліпшує якість застосування права, що загалом підвищує ефективність самої правової системи.

3. Єдність судової практики. Одним з головних міркувань запровадження системи спеціалізованих судів є забезпечення одноманітності та узгодженості правозастосування. Це, в свою чергу, забезпечує передбачуваність і дотримання принципу правової визначеності. Система спеціалізованих судів у силу своєї специфіки забезпечує таку передбачуваність і одноманітність правозастосування.

4. Поліпшення управління судочинством. Система спеціалізованих судів у силу визначення їх спеціалізації забезпечує краще адміністрування процедури розгляду справи, адже суддя такого суду, на якого покладаються такі обов'язки, будучи обізнаним зі специфікою відповідної галузі права, може більш пильно

контролювати всі стадії підготовки справи до розгляду і власне сам розгляд. Суддя суду загальної юрисдикції у такому ж випадку має витратити час і зусилля для з'ясування цих питань, що не сприяє швидкому розгляду справи і навіть може вести до порушення процесуальних прав сторін.

5. Гнучкість судової системи. Навантаження судів у різний час може суттєво різнитися. Особливо це стосується спорів у галузі адміністративного права. Реалізація реформ та нової політики може викликати навалу позовів до суду. Функціонування спеціалізованих судів дає судовій системі ефективний інструмент керувати кризами перевантаження, не дозволяючи таким кризам переростати в системні проблеми.

Окрім цих загальних міркувань, існування спеціалізованої системи адміністративних судів переслідує також кілька специфічних цілей: забезпечення дотримання прав і свобод при здійсненні повноважень органами державної влади, забезпечення узгодженості нормативно-правових актів, що приймаються такими органами, здійснення ефективного судового контролю за діяльністю органів державної влади тощо.

Всі ці міркування покладені в основу концепції спеціалізованих судів. Належне функціонування такої системи залежить, насамперед, від чіткого розподілу юрисдикції між судами різної спеціалізації. Якщо юрисдикція стосовно питань, що виникають в одній галузі права, в силу процесуальних норм розпорошена між судами різної спеціалізації, то така конструкція не тільки не сприяє ефективності судової системи, але й ставить під сумнів саму необхідність існування спеціалізації в рамках судової системи.

Конче важливим у цьому аспекті є становлення адміністративної юстиції в Україні, основним завданням якої є захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів фізичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових та службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, зокрема, на виконання

делегованих повноважень (частина 1 статті 2 Кодексу адміністративного судочинства України).

Всі вказані тенденції визнання нормативності актів судової влади стосуються й адміністративного судочинства. При цьому слід також звернути увагу й на нормоконтроль, що здійснюють адміністративні суди, який у загальних рисах нагадує конституційний контроль. Різниця полягає у тому, що конституційний суд здійснює контроль за конституційністю законів та інших правових актів, тоді як адміністративні суди – за законністю (крім конституційності) постанов Верховної Ради України, указів та розпоряджень Президента України, постанов та розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим, а також нормативно-правових актів міністерств, інших суб'єктів владних повноважень. У цьому, так би так мовити, втілюється ідея Г. Кельзена щодо обмеженості конституційного контролю, коли на предмет відповідності Конституції України перевіряються тільки закони та інші правові акти, перелік яких є обмеженим. Інші правові акти повинні відповідати законам, які, у свою чергу, відповідають Конституції України. Для забезпечення цієї ієрархічності і необхідно здійснення адміністративного судового контролю за законністю не тільки індивідуальних, але й нормативно-правових актів державної влади та місцевого самоврядування.

При здійсненні цього судового нормоконтролю адміністративні суди діють як і конституційний суд, тобто можуть виявитися у ролі як «негативного» законодавця відповідно до частини 8 статті 171 Кодексу адміністративного судочинства України («Суд може визнати нормативно-правовий акт незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, повністю або в окремій його частині»), так й позитивним законодавцем – у випадку надання розширеного тлумачення правових норм у мотивувальних частинах рішень та визнання цього тлумачення певною мірою обов'язковим для судів при вирішенні аналогічних справ.

Підсумовуючи результати проведеного аналізу законодавчих актів України 1991 – 2010 рр., вважаємо, що постанови Пленуму Верховного Суду України та постанови Вищих спеціалізованих судів слугують фактичним орієнтиром як для судів, так і для інших суб'єктів-учасників правовідносин. У них містяться правоположення – концентровані вирази юридичної практики, фактичне застосування яких забезпечується повноваженнями вищої судової інстанції скасовувати рішення судів, які свідчать про неоднакове застосування судами касаційної інстанції законодавства.

Значення постанов Пленуму Верховного Суду України та Вищих спеціалізованих судів з питань застосування законодавства полягає у тому, що вони здатні компенсувати відставання норм права від розвитку суспільних відносин, усувати певні неясності чи суперечності законодавства, а також відігравати роль своєрідного барометра для нормотворців в роботі над постійним удосконаленням чинного законодавства.

Слід мати на увазі, що такого роду судові акти у нинішній вітчизняній правовій дійсності відносяться до числа переконуючих прецедентів та їх роль в якості зразка правозастосування буде в основному залежати від їх переконливості, справедливості, обґрунтованості, розумності. Тому, слід зазначити, що в українській правовій системі на стадії формування перебуває таке джерело права як переконуючий прецедент, роль якого для правової системи в цілому не варто недооцінювати. Його переконуючий характер має свідчити про самостійність суду, а характер прецеденту – забезпечити тлумачення і застосування законів у єдиному та справедливому порядку, тобто однаковість застосування чинного законодавства, судової практики.

При цьому, не слід забувати, що Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 року № 192-VIII, який набрав чинності 28 березня 2015 року, статті процесуальних законів, якими встановлювалась обов'язковість правових позицій Верховного Суду України, доповнені частинами, суть яких зводиться до того, що при виборі і застосуванні правової норми до спірних правовідносин суд враховує висновки Верховного

Суду України, викладені у постановках, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстав неоднакового застосування судами касаційної інстанції норм матеріального права. Водночас, в Законі передбачено, що суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів.

Однак, зважаючи на те, що предметом нашого дослідження є судовий прецедент у правовій системі України у період з 1991 року по 2010 року, детально зупинятися на характеристиці судової реформи 2015 року є недоцільним.

У будь-якому разі діяльність суду пов'язана з тлумаченням, доповненням та виправленням волі законодавця стосовно до конкретних суспільних відносин. Відсутність формального визнання судових актів, а саме постанов Пленуму вищих спеціалізованих судів, їх роз'яснень, джерелами права може бути подолано законодавцем шляхом рецепції судової практики в нормативно-правові акти, а також добровільного і усвідомленого застосування судами прецедентів.

Необхідність прецедентного права обумовлена також тим, що вирішуваним проблеми правозастосування не можуть бути подолані на основі статутного права, а прийоми тлумачення, що використовуються для усунення недоліків законодавчого регулювання, повинні забезпечувати однаковість і стабільність правового регулювання.

Таким чином, судові рішення є особливим джерелом права, що займає окреме власне місце серед регуляторів суспільних відносин, які мають додатковий обов'язок по відношенню до джерела нормативного характеру.

3.3. Прецедентний характер рішень міжнародних юрисдикційних органів для України

Інтеграція України до європейського співтовариства спонукає нас адаптувати українське право до європейських правових стандартів, зокрема системи судового захисту прав та свобод людини і громадянина. У цьому контексті набуває актуальності питання про визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом права, яке вирішується як на законодавчому рівні, шляхом ратифікації Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі Конвенція), так і на науковому – шляхом формування особливого прецедентного права Європейського суду з прав людини. Свідченням цьому є обов'язок держав-учасниць Конвенції визнати судові прецеденти Суду повноправним джерелом національного права.

Якщо для країн англо-американської правової сім'ї це є звичайним, можна сказати традиційним явищем, то для представників романо-германської правової системи – запровадження нового європейського прецедентного права в національні правові системи є новацією, оскільки судова практика Страсбурзького суду конкуруватиме із національними законами, які мають перевагу і визнаються основним джерелом права. Причому судова практика Європейського суду виходить із принципу верховенства Конвенції над внутрішнім законодавством країн-учасниць, включаючи і їх національні конституції.

Ця проблема гостро стосується України, яка є частиною континентальної правової системи, де основним джерелом права є закон, і судові рішення є правозастосовними, а не нормативними актами в національному праві. Власне, складається ситуація, за якої судові прецеденти Європейського суду є джерелом права, а судові рішення національних судів до системи правових джерел не відносяться, так як, за загальним правилом, вони нових норм не утворюють, а лише застосовують чинне право. Однак реалізувати прагнення України до

інтеграції в Європейське співтовариство можливо не лише шляхом співробітництва, стратегічного партнерства, а в майбутньому і набуття членства в Європейському Союзі, але й шляхом адаптації національного законодавства України до Європейського законодавства, в тому числі і шляхом визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом права як кроку в адаптації українського законодавства до законодавства Європейського Союзу.

Доречно зауважити, що в Європі, більшість держав якої належать до романо-германської правової системи, питання застосування рішень Суду вирішено наступним чином: практика Європейського Суду з прав людини є своєрідним тлумаченням норм, виділенням суті положень Конвенції, що полегшує безпосереднє її застосування. Оскільки норми конвенції мають загальний, абстрактний характер, вони часто сформульовані в оціночній формі, отже правильне розуміння Конвенції фактично покладається на Європейський Суд з прав людини шляхом прийняття рішень з конкретних справ. При цьому принципи і підходи Суду, закладені в рішенні, що прийнято по справі проти однієї держави – члена Ради Європи, можуть застосовуватися за аналогією в справах проти інших країн, в тому числі й до тих, які приєдналися до Європейської конвенції вже після винесення прецедентного рішення. В силу своєї очевидності не викликає сумнівів та обставина, що, оскільки «контрольні органи Конвенції вважають себе зв'язаними своїми попередніми рішеннями» [37, с. 4], казуальне тлумачення Конвенції, здійснене Судом, набуває силу судового прецеденту, тобто буде застосовуватися для розуміння норм європейської конвенції в подальшому.

Як слушно зазначив В.П. Паліюк, «Європейський суд із самого початку діяльності став на позиції доктрини судового прецеденту, оскільки вона є надійним інструментом захисту прав людини безпосередньо на основі Конвенції» [137, с. 54].

Інакше кажучи, справи Суду не вважаються класичними прецедентами, але є єдиним джерелом динамічного тлумачення Конвенції. Неоднорідність поглядів на правову природу рішень Європейського Суду спричинила

твердження, що так зване право Суду являє собою дещо середнє між прецедентним правом у його традиційному розумінні та стало сформованою на континенті традицією щодо судової практики як визначеної, однакової, послідовної, усталеної позиції судів з тих чи інших питань правозастосовної діяльності. Тобто рішення Європейського суду з прав людини можна розглядати як нібито новий вид джерела права, який «випадає» зі стандартної класифікації джерел права, до якої впродовж століть звикли правники, – прецедент (англійський стандарт) і кодифікована норма [214, с. 103 – 104]. Проте існує обставина, яка спонукає розглядати практику Суду як таку, що є більш наближеною до змісту визначення «jurisprudence» («судова практика» у континентальній правовій системі), ніж до «case law» (прецедентне право у правовій системі загального права).

Судова практика на континенті жорстко прив'язана до унормованого права, навіть якщо вона інколи доволі вільно тлумачить його. Зовсім інакше виглядає співвідношення прецедентного права і статутного права в англійській правовій системі.

На думку Л.В. Дешко, Суд здійснює своєрідну конкретизацію відповідної правової норми Конвенції, застосовуваної судом (так звана деклараторна теорія судового прецеденту) [45, с. 77].

Це підтверджується і точкою зору вітчизняних і зарубіжних вчених, що Європейський Суд з прав людини має «схильність» до розширеного тлумачення норм Конвенції в інтересах захисту прав людини.

На думку Г.М. Куца, рішення Європейського Суду, на підставі якого застосовуються і тлумачаться норми конвенції, є формою прецедентного права, що «розширює» нормативний обсяг Конвенції, вбачаючи нові загальнообов'язкові положення [96, с. 20 – 22].

Прецедентом у його класичному розумінні є рішення, що містить створену судом загальну правову норму (*ratio decidendi* – лат. – вирішальний довід), на якому ґрунтується рішення і на якому зобов'язані ґрунтуватися нижчестоячі суди при розгляді подібних справ. І в цьому сенсі правові позиції

як принципи, що лежать в основі рішення, обов'язкові до застосування в аналогічних справах всіма іншими суб'єктами права, тобто правова позиція практично не відрізняється від *ratio decidendi* [70, с. 79 – 80].

При вирішенні справ Суд жорстко дотримується доктрини судового прецеденту. Параграф 54 рішення по справі І проти Сполученого Королівства 2002 зазначається, що суд формально не зобов'язаний слідувати своїм попереднім рішенням, однак це в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед правом не відступати без поважних причин, від прецедентів, визначених у попередніх рішеннях (наприклад, Чепмен проти Сполученого Королівства).

У наступних рішеннях Європейський суд з прав людини посиляється на попередні, найчастіше на так звані «модельні рішення», у яких певний принцип розкрито якнайповніше. Проте, оскільки Конвенція передусім є системою захисту прав людини, Суд повинен звертати увагу на зміну обставин у Державі-відповідачі та в Договірних державах загалом. Тобто якщо остаточний висновок Суду щодо конкретної справи відрізняється від попередньої практики, Суд завжди вказує причини та наводить аргументи зміни його позиції [158].

Доречно зазначити, що до подібних прецедентних рішень варто віднести не тільки кінцеві рішення по суті справи, але і рішення Суду про відмову в розгляді справи. Їх значення полягає у фіксації певних підходів Європейського Суду до реалій правових систем держав-членів, вони значною мірою наперед визначають концептуальний і формальний шлях заявника перед подачею скарги до Європейського Суду з прав людини.

Так, наприклад, славнозвісна справа «Літгоу проти Сполученого Королівства», в якій власники кораблебудівної компанії, націоналізованої законом, прийнятим парламентом, оскаржили викладений у законодавчому акті порядок виплати компенсації, стверджуючи, що він не відповідає рівню, гарантованому статтею 1 Першого протоколу до Конвенції, і що стосовно до статті 13 у них не було ефективного засобу правового захисту в британських судах. Суд відхилив цю скаргу, зазначивши, що сукупність засобів правового

захисту, доступних позивачу, становила внутрішньодержавний механізм, через який він міг в достатньому обсязі домогтися додержання відповідного законодавства, чим він не скористався [46, с. 488]. Отже, судові рішення по суті спору як таке відсутнє, однак на цей прецедент Суд часто посилався при вирішенні подібних питань.

Вивчення питання значення судового прецеденту в діяльності Європейського суду з прав людини значно підсилюється необхідністю забезпечення належної імплементації та реалізації в Україні норм Конвенції та практики її застосування Європейським судом з прав людини.

В теорії права міжнародна правова норма стає джерелом внутрішнього права іноземних держав при її інкорпорації шляхом рецепції чи імплементації в вітчизняне законодавство, хоча можлива її безпосередня дія [76, с. 28 – 36]. Велика кількість міжнародних договорів навіть містять вказівку на обов'язковість відповідних змін у вітчизняних законах країн-учасників.

В українських реаліях у Конституції України в статті 9 чітко зазначено, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною вітчизняного законодавства, національної системи права. Норми нашого законодавства допускають наявність колізії між вітчизняним законом і міжнародними нормами, при чому це протиріччя вирішується на користь міжнародної норми. Таким чином, в сучасній науці і юридичній практиці панує концепція пріоритету міжнародно-правової норми над внутрішньодержавною. Так, стаття 27 Віденської Конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року вказує на те, що держава-учасник договору «не може посилатися на положення свого внутрішнього права в якості виправдання невиконання нею договору» [30].

Застосовуючи норми міжнародного права чи норми, які інкорпоровані у вітчизняне законодавство, безумовно стикаємося з проблемою з'ясування їх змісту. Найчастіше офіційне тлумачення норм міжнародного права міститься тільки в рішеннях відповідних міжнародних судів. У зв'язку з цим на сьогодні актуальнішою проблемою є питання щодо юридичної сили рішень

міжнародних судів із застосування міжнародно-правових норм, що мають силу для України.

Окрім зазначених конституційних норм на користь визнання обов'язковості практики Європейського суду з прав людини для України можна навести ще чимало правових аргументів [211, с. 49 – 51], найважливішими з-поміж яких є пункт перший Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 року, де зазначено, що Україна повністю визнає на своїй території дію статті 46 Конвенції щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції [62], та статтю 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року, де зазначається, що «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [60].

Як додаткову аргументацію на користь такого висновку можна навести частину четверту статті 55 Конституції України: «Кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна»; статтю 26 Віденської конвенції «Про право міжнародних договорів» від 23 травня 1963 року (ратифікована Україною 14 травня 1986 року у складі СРСР): «Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись» (*pacta sunt servanda*); статтю 27: «Учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору»; а також підпункти (а) та (б) пункту 3 статті 31 цієї Конвенції, в яких спеціально наголошується на тому, що разом із текстом міжнародного договору враховується практика його застосування та тлумачення, якщо на це є згода сторін договору. 17 липня 1997 року Верховна

Рада України, ратифікувавши Конвенцію, дала таку згоду. На практиці, як вважає М. де Сальвіа, це означатиме те, що «європейське правосуддя знаходиться над національними судовими органами», хоча й «не заступає їх» [168, с. 21]; Європейський Суд може при необхідності уточнювати обсяг прав та обов'язків, які покладаються на державу [168, с. 20]; визнання права Суду відповідно до положень Конвенції та судової практики проголошувати державу відповідальною за порушення Конвенції; після ратифікації позивачі мають право посилатися у судах на Європейську Конвенцію у тому сенсі, як вона тлумачиться Страсбурзьким судом [168, с. 20 – 21]; офіційне визнання прецедентного характеру рішень Європейського Суду [168, с. 9 – 10].

Обов'язковість європейського прецедентного права з прав людини для України впливає також з принципу ієрархії юрисдикцій - Європейському суду з прав людини належить найвища юрисдикція щодо питань застосування та тлумачення Конвенції, що також безпосередньо пов'язано з частиною четвертою статті 55 Конституції України, незважаючи на те, що діяльність Європейського суду є додатковою, позаяк основний «тягар» щодо цього захисту мають взяти на себе національні юрисдикційні органи. Тобто, рішення Європейського суду у цій сфері буде остаточним, і його повинні виконати відповідні національні державні органи [210, с. 233 – 234].

Визнання практики Суду джерелом права в Україні зумовлено також міркуваннями практичної доцільності, оскільки, як правильно зауважила Венеціанська комісія «За демократію через право», за умови обмеженості державних ресурсів, набагато краще витратити фінанси на проведення необхідних реформ, які допоможуть запобігти порушенням Конвенції, ніж сплачувати справедливую сатисфакцію тим особам, що вже страждають від таких порушень.

Що ж представляє собою Європейський суд з прав людини? На сьогодні Європейський Суд з прав людини є вищим судовим органом, незалежним від правових систем тих країн, які підписали угоду з прав людини. Як вищий незалежний судовий орган, що наділений великим авторитетом, він здійснює

свою діяльність (функціонує) на принципах прецедентного права. При цьому прецедентне право Європейського Суду також внесло свій внесок до створення «*acquis communautaire*» (загальних знань). Цей термін, типовий приклад лексики Європейського Союзу, вказує на стан права Європейського Союзу в даний момент. Він використовується, зокрема, коли нові держави-члени мають наміри приєднатися до Союзу: вони повинні цілком і повністю визнати договори і те, що було зроблено на основі договорів. Мається на увазі, що нові держави-члени також повинні визнати прецедентне право Європейського Суду, яке діє на момент їх вступу. Кожне рішення Суду з конкретної справи, що містить нові правоположення, визнається країнами-учасниками як судовий прецедент, який є обов'язковим для кожної з них.

Існує низка причин, за якими слід притримуватися прецеденту. Як зазначив Європейський Суд з прав людини в одному зі своїх рішень, це знаходиться в інтересах правової стабільності і упорядкованого розвитку практики застосування Конвенції. На думку професора Л. Вільдхабера, «рішення подібних справ повинні бути схожими, а різночитання може призвести до нерівності позивача перед законом, йти врозріз із законними сподіваннями тих, хто звертається до правосуддя. Це може розцінюватися як спроба Суду законодавствувати, виконувати завдання, що доручається демократично обраному законодавчому органу. Це буде суперечити ідеї суддівського самообмеження, яка заснована на принципах розподілу влад і верховенства права. Слідування прецедентам не тільки прямо відповідає вимогам незалежності і неупередженості Суду, але і виражає саму суть судової політики» [31, с. 102].

Отже, оскільки Європейська конвенція зі своїми основними протоколами є джерелом права в Україні, а тому офіційне тлумачення, сформульоване Судом, обов'язкове для вітчизняного правозастосовувача. Таким чином, ми маємо всі підстави сьогодні говорити про те, що, визнавши Європейську конвенцію, в українській правовій системі почало діяти прецедентне право.

Рішення Європейського суду з прав людини є прецедентами, вони мають обов'язкову силу і для українських судів.

Хоча суддівський менталітет, навіть на сьогодні, все ж таки переважно спрямований на традиційне континентальне розуміння своїх завдань, практика свідчить про позитивні зрушення в цьому аспекті. Все частіше судді в своїх рішеннях посилаються на судові прецеденти Європейського суду і беруть принципи, що сформовані в них, для обґрунтування своїх позицій.

Вперше прецедентне право Європейського Суду з прав людини було застосовано в Україні у Рішенні Конституційного Суду України у справі про смертну кару: «Смертна кара як вид покарання суперечить також статті 28 Конституції України, відповідно до якої «ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню». Названа стаття відтворює положення статті 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. Невідповідність смертної кари цій статті Конвенції підтверджує Європейський суд з прав людини, юрисдикцію якого щодо тлумачення зазначеної Конвенції визнала Україна (пункт перший Закону України від 17 липня 1997 року)» [84, с. 502].

Йдеться саме про класичну справу Сорінга - основу прецедентного права Суду за статтею 3 Конвенції (*Soering v. United Kingdom*, 1989). У процесі її розгляду було виявлено порушення цієї статті саме тому, що людина, засуджена до смертної кари, вимушена очікувати довгий та невизначений період часу до своєї страти, оскільки необхідно використати судову процедуру оскарження вироку, що призводить до психічних страждань – так званого синдрому камери смертників. Суд у пункті 106 свого рішення повністю погоджується, що засудженому до смертної кари треба надати можливість використати «комплекс процедур, що надаються після винесення вироку», і це є «потенційно корисною справою». Але «їхнім наслідком є те, що засуджена особа повинна протягом багатьох років перебувати в очікуванні смерті й тяжкого та зростаючого напруження від життя у стані постійно присутньої тіні

смерті». На думку Суду, це є порушенням статті 3 Конвенції, тому людина не може бути видана у третю країну, в якій існує вірогідність застосування щодо неї смертної кари.

Конституційний Суд уникнув прямого посилання на відповідну мотивувальну частину цього Рішення Європейського суду з прав людини, що дає підстави вважати це за «приховане» застосування прецедентного права, оскільки без наявності синдрому камери смертників важко обґрунтувати порушення статті 3 Конвенції та, відповідно, статті 28 Конституції України.

Але вже в мотивувальній частині рішення у справі про заощадження громадян від 10 жовтня 2001 року прецедентне право Європейського суду з прав людини застосовується у традиційній формі: «Водночас, Конституційний Суд України зазначає, що відсутність саме в Законі конкретних етапів, термінів повернення заощаджень та обсягів бюджетних асигнувань може призвести до повної втрати громадянами своїх вкладів, тобто до порушення їх конституційного права власності».

Така позиція викладена і в рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» від 21 лютого 1986 року: «Не заперечуючи право держави встановлювати - у досить широких межах розсуду, відповідно до її внутрішньої законодавчої, соціальної, економічної політики чи з іншою метою - обмеження у користуванні об'єктами права власності з огляду на суспільний інтерес, слід мати на увазі, що ці обмеження, однак, не повинні призводити до позбавлення можливостей такого користування, тобто до повної їх втрати» [85, с. 28].

У контексті конституційного судочинства слід також згадати й про «запобіжний» вплив прецедентного права Європейського суду з прав людини на українського правотворця (законодавця) ще під час розгляду справи у Конституційному Суді України. Як приклад можна навести Ухвалу Конституційного Суду України про припинення конституційного провадження у справі про обчислення строку тримання під вартою від 10 вересня 2003 року за № 3-уп/2003. Суд при вирішенні питання про відповідність частини п'ятої

статті 156 Кримінально-процесуального кодексу України («проте час ознайомлення обвинуваченого та його захисника з матеріалами кримінальної справи при обчисленні строку тримання під вартою як запобіжного заходу не враховується») послався на рішення Європейського суду з прав людини «Джесіус проти Литви».

У цьому рішенні Європейський Суд визначив, що строк п'ятнадцять місяців є нерозумним у цій справі, де національні органи влади не дали будь-яких пояснень на виправдання подовження запобіжного ув'язнення заявника, а також з огляду на положення національного закону, згідно з яким час, протягом якого особа має доступ до матеріалів своєї справи, не зараховується до проведеного під вартою строку, тобто таким, що не відповідає частині 3 статті 5 Конвенції.

Під час розгляду справи Конституційним Судом України був прийнятий та набув чинності Закон України «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України», де відповідні оспорювані положення статті 156 були виключені.

Питання застосування прецедентного права Європейського суду з прав людини набуває особливої актуальності й для судів загальної юрисдикції. У цьому аспекті необхідно звернути увагу на узагальнення судової практики щодо застосування Конвенції, що підготовлено заступником голови Миколаївського апеляційного суду В.П. Паліюком [136, с. 45]. Під головуванням останнього 7 червня 2000 року була прийнята ухвала судової колегії в цивільних справах, де вперше в історії України на рівні судів загальної юрисдикції було застосовано прецедентне право Європейського суду з прав людини (правова позиція по справі Лінгенс), а також прямо зазначено, що рішення Європейського суду з прав людини є джерелом права в Україні [136, с. 148].

Інший приклад стосується справи за позовом Державної адміністрації залізничного транспорту до транспортного бюлетеня «Транс прес енд Ко». Останній надав у суді велику кількість поліграфічної продукції, яка підтвердила

активну участь «Укрзалізниці» у виборчій кампанії 2002 року, однак, не зміг довести, що за вибори відповідали дві конкретні посадові особи, яких вони зазначали в оспорюваній публікації. Суд застосував принцип, що був сформований Європейським Судом у справі Торгейрсон проти Ісландії. А саме, суд постановив, що достатньо, щоб головна (основна) частина представлених фактів, а не кожний окремий, була доведена відповідачем [218, с. 13].

Судова колегія Миколаївського обласного суду вперше в Україні при розгляді касаційної скарги Т. і К. на рішення Первомайського міського суду від 6 травня 2000 року в цивільній справі за позовом П. до Т., К. та редакції газети «Заповіт Леніна» про захист честі, гідності та ділової репутації керувалася положеннями статті 10 Конвенції та рішенням Європейського суду Лінгенс проти Австрії [136, с. 55].

Верховний Суд України загалом підтримує таке ставлення до прецедентного права суддів загальної юрисдикції, на підтвердження чого можна навести його правову позицію, висловлену у рішенні від 14 липня 2005 року у справі щодо виконання рішення Мельниченко проти України стосовно бездіяльності Центральної Виборчої Комісії України: «... рішення Європейського суду з прав людини, якими надаються тлумачення та практика застосування положень Конвенції, є формою прецедентного права, що розширює нормативний обсяг Конвенції, встановлюючи нові загальнообов'язкові правила» [162, с. 5].

Далі Верховний Суд у цьому рішенні звернув увагу на Рекомендацію N R(2004)5 Комітету міністрів державам-членам щодо перевірки законопроектів, існуючих законів та адміністративної практики на відповідність стандартам, викладеним в Європейській конвенції з прав людини: «Так, у пунктах 3, 25 додатка до цих рекомендацій зазначено, що головною передумовою ефективного захисту Конвенцією прав людини в Європі є застосування Конвенції державами в їхньому правопорядку в світлі прецедентної практики Суду. Це, передусім, передбачає приведення державами законів та адміністративної практики у відповідність із Конвенцією. Коли рішення Суду

безпосередньо стосується держави, вона зобов'язана на підставі статті 46 вжити необхідних заходів для його виконання, а коли це потрібно, негайно вжити необхідних заходів, аби змінити закони та адміністративну практику з метою їх узгодження з Конвенцією» [162, с. 5]

Ще хотілось констатувати увагу на всім відомому рішенні Верховного Суду України 2004 року стосовно повторного проведення голосування у виборах Президента України. Суд також обґрунтовував свої мотиви приписами статті 13 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка визначає право особи на ефективний спосіб правового захисту у відповідному вітчизняному органі. На вимогу цієї статті здійснити ефективний спосіб правового захисту Суд прийняв єдине адекватне на той час рішення, навіть всупереч Закону про вибори Президента України.

Напевно аналогічним чином вирішувалося б питання і про юридичну силу рішень Міжнародного кримінального суду, якщо вітчизняний Конституційний Суд надав би згоду на ратифікацію його статуту. Хоча спеціалісти Міністерства юстиції України підготували проект Закону «Про внесення змін до Конституції України» та відповідні зміни і доповнення до інших нормативно-правових актів саме у зв'язку з потребою у ратифікації Римського Статуту. Згідно з пунктом 2 статті 21 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 року суд може застосовувати принципи і норми права згідно з тим, як їх тлумачили в попередніх рішеннях. Україна є учасником даної міжнародної угоди і у випадку її ратифікації (хоча Конституційний Суд дійшов негативних висновків щодо такої можливості) судові рішення Міжнародного кримінального суду будуть мати обов'язкову силу для українського правозастосовувача з питань тлумачення Римського Статуту, зокрема, ознак складу таких злочинів як геноцид, агресія, військові злочини, які є порушеннями Женевських конвенцій 1949 року.

Слід зазначити, що не тільки норми міжнародного права, зокрема норми Європейської конвенції з прав людини, Римського Статуту, в своєму змісті і

розумінні доповнюються рішеннями міжнародних судів. Ті ж самі рішення можуть мати значення і для тлумачення внутрішніх норм української системи права.

Наприклад, що слід розуміти під поняттям «приватне життя», яке використовується в багатьох нормативно-правових актах України, зокрема стаття 182 Кримінального кодексу України. Очевидно, що в поняття «приватне життя» входить все, що пов'язане з інтимним, сімейним життям особи, з її дружніми зносинами, індивідуальними захопленнями тощо. Поняття приватного життя дуже широке і надати вичерпний перелік його ознак неможливо. Однак, через низку прецедентних рішень Європейського Суду з прав людини до змісту таємниці особистого та сімейного життя відносяться такі відомості:

- відомості медичного характеру – особливо стосовно таємниці відомостей про ВІЛ-інфікованих; держава зобов'язана в силу виключної делікатності таких відомостей кожного разу досліджувати питання про поширення в будь-якій формі таких відомостей (Z проти Фінляндії. Судове рішення від 25 лютого 1997 року) [52, с. 412 – 419];

- відомості про сексуальну орієнтацію і психосоціальний тип особи (B. Проти Франції. Судове рішення від 25 березня 1992 р.) [52, с. 705 – 714];

- відомості про зміну статі та імені [52, с. 412 – 419].

Варто також зазначити й про такий аспект. Забезпечення належного доступу до документів Суду, в яких містяться розтлумачені норми, є одним з ефективних способів запобігання новим можливим порушенням Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, аналогічних тем, по яких Європейський Суд вже виніс своє рішення. При цьому необхідно враховувати, що він активно використовує рішення, винесені по справах проти одних країн, для мотивації своїх рішень по справах проти інших країн-членів Ради Європи.

Таким чином, для кожної держави – учасника Конвенції потенційний інтерес складають рішення по всіх справах, що розглядаються Європейським

Судом. Зокрема, в справі «Ірландія проти Великої Британії» Суд зазначив, що рішення суду слугують не тільки для вирішення справи, але й в широкому розумінні для пояснення, збереження і розвитку норм конвенції, і для того, щоб таким чином сприяти дотриманню державами своїх обов'язків, які вони несуть як учасники Конвенції.

Все більшою мірою прецедентне право страсбурзької системи захисту прав людини публікується і стає таким чином доступним для вивчення і застосування саме в результаті зусиль на вітчизняному рівні. І на сьогодні не можна не зазначити, що існують певні труднощі, пов'язані з перекладом текстів на мови країн-членів Ради Європи, які не є офіційними мовами організації. Сам Європейський Суд практично повністю віддалився від перекладу своїх рішень з англійської та французької на інші мови. А без повного і, що головне, адекватного вивчення прецедентів Європейського Суду з прав людини як суддями, так й іншими правозастосовувачами, не можна говорити про повноцінний захист прав людини в Україні.

Стосовно перекладів існують, насамперед, проблеми щодо їх якості: рішення Суду є достатньо складними і специфічними юридичними текстами, і адекватна передача юридичного змісту позицій, які займає Суд з різних питань – доволі непросте завдання. Друга проблема – ідентичність перекладу. Одні й ті ж самі тексти можуть існувати в двох, трьох і більше варіантах перекладу, і залишається відкритим питання, яким же варіантом користуватися вітчизняним судам. На сьогодні все ж таки найбільш професійним і більш менш регулярним (щоквартально) є видання Правничої Фундації – «Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі», хоча статусу офіційного перекладу вони не мають.

Такі обставини дозволяють нам зробити висновок, що прецеденти міжнародних судів є джерелами права не тільки з питань тлумачення норм міжнародних договорів, але як такі, які можуть у деяких випадках стати у пригоді при тлумаченні норм внутрішнього права [115, с. 25]. Отже, ми маємо абсолютне право розглядати в якості джерел українського права прецеденти

міжнародних судів, які мають «не тільки правозастосовче, але і правоустановче значення» [75, с. 61].

Як влучно зауважив один із українських дослідників цієї проблематики, «аналізуючи різні точки зору з питань визнання чи невизнання рішень Європейського суду з прав людини джерелом права, можна з впевненістю констатувати, що на порядок денний діяльності судів в Україні виносяться як питання застосування норм Конвенції, так і практичне використання рішень цього суду. І хоча практика застосування конвенційних норм та використання рішень Європейського суду національною судовою системою ще знаходиться у стадії становлення, все ж суди України впритул підійшли до їх використання, а деякі і до застосування прецедентних рішень Європейського суду з прав людини» [96, с. 21].

Висновки до розділу 3

Отже, проаналізувавши місце судового прецеденту в практиці українських та міжнародних судів можна зробити такі висновки:

1. Конституційний Суд України наділений повноваженнями щодо судового контролю за відповідністю нормативно-правових актів (законів) Конституції та здійсненням офіційного тлумачення. Надання рішенням Конституційного Суду України ефекту прямої дії серйозно посилює їх прецедентний характер. Прецедентність актів Конституційного суду України ґрунтується на правових позиціях. Їх особливість полягає у тому, що вони мають «гнучкий» характер на відміну від чітко визначених «жорстких» правових норм, та загалом нагадують «ratio decidendi» судового рішення у країнах англо-американського права, враховуючи те, що у Конституційного Суду України вже існує практика посилання на раніше прийняті свої правові позиції. Таким чином, практика посилання на правові позиції Конституційного

Суду України ним же, судами інших юрисдикцій та органами державної влади свідчить про формування прецедентного права Конституційним судом України.

2. Прецедентний характер актів загальних і спеціалізованих судів України обумовлений вимогами щодо забезпечення єдності судової практики та тісного взаємозв'язку з відповідними повноваженнями щодо здійснення судочинства, які полягають у тому, що вищестоящі суди можуть змінити, переглянути або скасувати рішення нижчих, якщо останні не відповідають правоположенням, сформульованим у рішеннях вищих судів.

Суди вищих інстанцій контролюють правильний та своєчасний розгляд справ, спрямовують судову практику і реалізують ці функції шляхом виправлення помилок судів першої та апеляційної інстанцій, а як наслідок, забезпечують правильне і однакове застосування судами законів та дотримання у судовій практиці норм матеріального і процесуального права. Засобом такого контролю слугують постанови пленумів вищих судів у вигляді роз'яснень. Вони мають правотворчий характер, оскільки є обов'язковими для нижчих судів та опосередковано обов'язковими – для решти суб'єктів правовідносин, які застосовують норми права, стосовно яких була узагальнена судова практика. Задля забезпечення єдності судової практики виникає необхідність узгодження рішень нижчих судів з конкретних справ з аналогічними рішеннями вищих судів. Останні повинні визнаватися як такі, що мають прецедентний характер не тільки для сторін у справі, а у вирішенні аналогічних справ. Насамперед це стосується тієї мотивувальної частини рішення, де дається тлумачення законодавства, розкривається зміст правових норм та принципів, усуваються прогалини та неузгодженості тощо. Це дозволяє нам констатувати про де-факто існування судового прецеденту у судовій практиці вищих загальних та спеціалізованих судових органів України протягом 1991 – 2010 рр. років. А де-юре легалізація судового прецеденту у правовій системі України дозволить прискорити розгляд справ, універсалізувати практику застосування українського законодавства та зробити вітчизняну правову систему більш ефективною.

Прецедентний характер актів спеціалізованих судів характеризується через вищезазначені тенденції системи загальноюрисдикційних судових органів.

3. Як ми вже з'ясували вище, акти міжнародних юрисдикційних органів мають прецедентний характер. Серед них найбільш розповсюдженими для правової системи України 1991 – 2010 рр. стали акти Європейського Суду з прав людини, які, по суті, є судовими прецедентами. Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року визнано, що практика Суду є джерелом права в Україні. У судовій практиці Конституційного Суду України вже містяться посилання на Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод й на рішення Європейського суду з прав людини, що є, по суті, визнанням їх прецедентного характеру.

Аналогічно складається практика у судах загальної юрисдикції. В результаті виникає нагальна потреба комплексного застосування Конвенції в Україні, а саме шляхом поєднання її нормативних положень із практикою її застосування, що втілюється в актах Європейського суду з прав людини прецедентного характеру. Враховуючи європейські прагнення нашої держави, які починаючи з 1995 року поступово втілюються в українському законодавстві, необхідно врахувати прецедентний характер актів Європейського суду з прав людини.

ВИСНОВКИ

У нашому дослідженні здійснено історико-правове узагальнення і нове вирішення наукової проблеми ролі судового прецеденту в правовій системі України 1991 – 2010 рр. крізь призму його співвідношення з судовою практикою та місця в системі конституційного, загального, спеціалізованого судочинства в Україні. Усе це дало авторові підстави сформулювати висновки та пропозиції, спрямовані на вдосконалення правової системи незалежної України та підвищення ефективності функціонування судової влади України. Серед них такі:

1. Висвітлено історіографію української юриспунденції, яка містить широке коло джерел, що висвітлюють тематику судової правотворчості. Зокрема історико-правові розвідки дореволюційних істориків та правників (М.П. Василенка, А.Г. Горина, А.Д. Градовського, Г.В. Демченка, С.Є. Десницького, С.С. Дністрянського, Б.О. Кістяківського, М.А. Муромцева, Л.І. Петражицького, Є.М. Трубецького, І.Я. Фойніцького, Г.Ф. Шершеневича) виокремлюють джерела позитивного та природного права. При цьому визначають зміст правотворчості відповідно до еволюційного розвитку, загальнотеоретичних понять та галузевих класифікацій.

Правників радянського періоду можна розділити на тих, хто заперечував судовий прецедент як джерело права (А.Т. Боннер, С.Л. Зівс, В.М. Синюков), а в судовому рішенні вбачали виключно акт правозастосування та тих (М.Г. Авдюков, Л.Б. Алексєєва, С.С. Алексєєв, А.М. Безина, С.М. Братусь, А.Б. Венгеров, С.І. Вільнянський, М.М. Вопленко, В.В. Лазарєв), хто допускав можливість створення і застосування судової практики за галузевою приналежністю вищими судовими органами.

Сучасні українські та російські історики й правники (В.Є. Беляневич, П.А. Гук, Л.Л. Дешко, С.К. Загайнова, Л.А. Луць, Б.В. Малишев, М.М. Марченко, Н.М. Пархоменко, О.Ф. Скаун, Д.Ю. Хорошковська, С.В. Шевчук) є прихильниками широкого розуміння судового прецеденту та

всіляко обґрунтовують його місце серед джерел права в романо-германській правовій сім'ї та правовій системі України.

Таким чином, спроба окреслити судовий прецедент в правовій системі України у 1991 – 2010 рр. дозволяє утвердити прогресивні тенденції у вітчизняній юриспунденції та наблизити її до загальноєвропейських правових традицій. Попри це місце судового прецеденту в системі джерел права України залежить від праворозуміння феномену судового прецеденту та системного взаємозв'язку між цими поняттями (праворозуміння та судовий прецедент).

2. Проаналізовано, джерельну базу дослідження, вона містить великий обсяг матеріалу, зокрема нормативно-правових актів (Господарсько-процесуальний кодекс України, Закон України «Про судоустрій України», Закон УРСР «Про арбітражні суди», Закон України «Про Конституційний Суд України», Закон УРСР «Про судоустрій», Кодекс адміністративного судочинства України, Конституція СРСР, Конституція України, Кримінально-процесуальний кодекс України, Кримінальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Цивільний Кодекс України; та нормативно-правові акти, що визначають юрисдикцію міжнародних судових органів на території України, зокрема такі: Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини», Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції»), правозастосовних актів (рішення колегій судових палат Верховного Суду України, рішення Конституційного Суду України, Практика Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України, постанови Пленуму Верховного суду України, ухвали Конституційного Суду України, Рішення Європейського Суду з прав людини), монографічних розвідок (серед них наукові дослідження Т.М. Анакіної, С.В. Беякової, С.Ю. Бодрова, П.А. Гука, Г.Б. Євстегнеєвої, Ю.А. Задорожного, М.І. Кагадія, В.П. Кононенка, О.Н. Коростелкіної, Д.В. Кухнюка, Б.В. Малишева, А.В. Полякова, О.В. Попова, С.В. Сіпуліна, Д.Ю. Хорошковської, С.В. Шевчука), наукових

виступів та публікацій в наукових періодичних виданнях (Б'юлетень Міністерства юстиції, Вісник Академії правових наук, Вісник Верховного Суду України, Вестник Московского университета, Вісник Конституційного суду України, Вісник прокуратури, Вісник центру суддівських студій, Голос України, Государство и право, Митна справа, Право України, Советское государство и право, Советская юстиция, Український історичний журнал, Університетські наукові записки, Юридичний журнал, Юридичний радник, Юридическая практика).

Джерельну базу дисертаційного дослідження доцільно класифікувати на окремі групи, зокрема:

до першої групи належать монографічні розвідки, наукові та навчальні посібники, публікації у періодичних виданнях дореволюційних, радянських, сучасних українських, російських, західноєвропейських та американських вчених;

до другої групи належать радянські та сучасні українські нормативно-правові акти, що регламентують здійснення судочинства і дію судових правозастосовних актів;

до третьої групи належать правозастосовні акти українських та міжнародних юрисдикційних судових органів, що носять прецедентний характер;

Таким чином зазначена джерельна база свідчить про прецедентний характер рішень українських й міжнародних судових органів та розвиток доктринальних уявлень про судовий прецедент у вітчизняній юриспунденції.

3. Охарактеризовано основні аспекти праворозуміння, що обумовлюють роль судового прецеденту в системі джерел права розглядаються по-різному з позиції основних шкіл права. Зокрема, основні постулати правового позитивізму заперечують правотворчу роль суддів у процесі прийняття судових рішень, а прецедентний характер цих рішень не визнається. В такому випадку обов'язок суддів застосовувати нормативно-правові акти без оцінки їх відповідності моральним вимогам та іншим критеріям.

З позиції школи природного права правосуддя визнається таким, що має не формально-логічний, а трансцендентний характер, та здійснюється на основі розрізнення права та закону. Крім того, у сучасних правових системах під природним правом розуміється здебільшого система неписаних правових принципів, що фіксуються судами у своїх актах у процесі здійснення правосуддя. Ці принципи можуть бути як загальноправовими та входити у концепцію верховенства права та органічно пов'язані з цим принципом (розумності, справедливості, цілеспрямованості, пропорційності, правової визначеності тощо). Таким чином школа природного права виправдовує розширене тлумачення судом правових норм у контексті конституційної юрисдикції та конкретизацію правових норм загальних та спеціалізованих судових органів.

Безпосередній зв'язок права з конкретними суспільними відносинами підкреслює соціологічна школа права, представники якої приділяють увагу результатам реалізації правових норм через правозастосовну практику. У їх розумінні право формує не законодавець а правозастосовний орган в результаті воно стає більш гнучким та прилаштованим до вимог життя.

4. Визначено сучасні концепції та методики для дослідження місця та ролі судового прецеденту в системі права сучасної України, як правового феномену та юридичного явища крізь призму використання традиційних загальнонаукових методів дослідження та спеціально-наукових методів для утвердження судового прецеденту серед інших джерел права в масштабах правової системи. Водночас використання новітніх методів дослідження судового прецеденту сприяє побудові теоретичної моделі правового регулювання з метою втілення її в подальшому в практичну діяльність.

5. Досліджено еволюційний процес становлення судового прецеденту в якості джерела права. Історично судовий прецедент відіграв ключову роль у розвитку та формуванні системи «загального права» зайнявши місце основного джерела права. Однак з цієї перспективи помилково пов'язувати судовий прецедент лише зі становленням системи загального права у країнах англо-

американської правової сім'ї, оскільки в силу людської природи прагнення суддів та державних діячів слідувати практиці своїх попередників або покладатися на власні раніше прийняті рішення простежується впродовж всієї історії людства та практично в усіх правових системах.

Виходячи з аналізу історичних джерел, визнання прецедентного характеру актів судової влади походить від звичаїв (раніше прийняті судові рішення були доказом існування певного звичаю, а судова практика надавала звичаям правовий характер); необхідності забезпечення централізації державної влади; ідеї ієрархічності судової системи; відкритості судочинства.

У вітчизній історії прецедентність актів судової влади визнавалась як у Київській Русі та Україні-Гетьманщині так й у Російській імперії та СРСР, й була пов'язана як з нормами права Руської Правди і «Прав, за якими судиться малоросійський народ», так із здійсненням касаційної функції Урядовим Сенатом, а згодом — із визнанням за Верховними Суди у радянський період права на видання обов'язкових керівних роз'яснень з питань правозастосування (постанови Пленуму).

З питанням нормативності актів судової влади також пов'язується розвиток дискусії про визнання судової практики джерелом права та її ролі у процесі конкретизації законів при застосуванні норм права.

Таким чином, – дослідження основних історичних та теоретико-правових аспектів становлення та розвитку судового прецеденту як джерела (форми) права дає підстави вважати, що роль прецеденту обумовлена особливостями історичного шляху держави, формою правління, політичним режимом, пануючим типом розуміння права, релігійними та культурними факторами, сучасним становищем системи форм і джерел права, а також належністю країни до певної правової сім'ї.

6. Проаналізовано судовий прецедент як форму існування права, що зумовлює його роль у системі джерел права та багато в чому залежить від традиційного ставлення до суду в суспільстві, яке сформувалось у межах тієї чи іншої правової системи. На сьогодні спостерігаються об'єктивні тенденції щодо

зближення двох правових систем. У країнах загального права все більшого значення набуває саме законодавчий шлях розвитку права, а у країнах континентального права – судові рішення вітчизняних, так само як і міжнародних, судів, за допомогою яких уточнюється і розвивається право. Активні сучасні процеси конвергенції рішуче відкидають догмат, що традиційний законодавчий шлях формування позитивного права начебто виключає можливість розвитку судової правотворчості. Україна йде аналогічним шляхом, враховуючи проголошення себе правовою, соціальною державою та відкидаючи нормативізм як єдину догму юридичної науки.

Доведено факт наявності достатніх історичних, соціальних, правових передумов та причин визнання судового прецеденту джерелом (формою) права України. Досвід використання судового прецеденту як джерела (форми) права в правових системах держав, віднесених до різних правових сімей, може бути корисним для побудови більш досконалої правової системи України та її системи законодавства. Обґрунтовано положення про те, що сучасний стан правової системи України вимагає широкого використання судової практики загалом та судового прецеденту зокрема.

7. Встановлено, що акт судової влади в межах застосування норм матеріального права набуває прецедентного характеру за наявності таких умов: остаточність; доступність (його опублікування в офіційних джерелах); наявність аналогічних обставин та фактів справи; наявність посилання на попередню правову позицію у наступному рішенні; прийняття цього рішення вищим судом; ці рішення прийнято у межах відповідної процедури тощо. Водночас прецедент та судові рішення розрізняються між собою.

На основі цього сформульовано авторську дефініцію судового прецеденту, як джерела права. Судовий прецедент – це формально визначене правило поведінки, яке міститься у рішенні суду найвищої або вищої судової інстанції, створене у процесі розгляду останніми конкретної справи або шляхом узагальнення судової практики, спрямоване на усунення прогалин законодавства та/або вироблення найефективнішої реалізації правових норм та

має загальнообов'язковий характер при вирішенні судами аналогічних справ, а також для правозастосування іншими суб'єктами

Визначено такі – ознаки притаманні саме судовому прецеденту:

- 1) приймаються у процесі здійснення правосуддя, тобто є актом судової влади;
- 2) прецедентний характер має не акт судової влади загалом, а саме та його частина (як правило, мотивувальна), де міститься судовий прецедент (правова позиція, правоположення тощо);
- 3) вони мають загальнообов'язковий характер, тобто їх дія поширюється не тільки на сторони у справі, але стосується й інших суб'єктів права;
- 4) їх юридична сила походить із необхідності забезпечення інтересів правосуддя при вирішенні аналогічних справ та заснована на правових позиціях, які здебільшого формулюються у процесі застосування та тлумачення норм права у процесі розгляду конкретної справи та містяться у мотивувальній частині судового рішення;
- 5) забезпечуються державою через діяльність державної виконавчої служби;
- 6) їх правотворчий зміст встановлюється на підставі аналізу в судовому засіданні юридичних фактів та життєвих обставин;
- 7) залежить від професійної правосвідомості суддів та рівня розвитку правової доктрини;
- 8) в умовах романо-германської правової сім'ї має додатковий характер щодо основних джерел права.

Прецеденти можуть бути таких видів: за юридичною силою – обов'язкові, переконуючі та відкинуті; за правовим змістом – прецеденти з правовою нормою, прецеденти тлумачення та прецеденти роз'яснення; за галузями права – конституційні, цивільні, цивільно-процесуальні, кримінальні, кримінально-процесуальні, адміністративні та ін.

Поділ судового прецеденту на види необхідний для зручності застосування у практичній діяльності, вироблення єдиної судової практики при розгляді подібних справ, правильного розуміння і застосування закону.

8. Виявлено співвідношення понять «судового прецеденту» та «судової практики». Зокрема, судовий прецедент у правовій системі України можна розглядати крізь призму його співвідношення з судовою практикою. Оскільки судова практика є засобом виявлення прогалин у законодавстві та є

середовищем для формування судових прецедентів. У свою чергу, прецеденти є невід’ємною частиною судової практики та однієї з її форм, яка спрямована на подолання прогалин у законодавчому регулюванні, та визначають напрями формування судової практики.

Таким чином, судовий прецедент є різновидом правоположень, вироблених у результаті судової практики, однієї з її форм, яка спрямована на подолання прогалин у законодавчому регулюванні. Співвідношення двох понять «судова практика» та «судовий прецедент», слід розглядати як співвідношення загального та конкретного.

Судова практика в українській правовій системі має сприяти розвитку і вдосконаленню права, а тому правильною, на наш погляд, є пануюча серед практикуючих юристів думка про необхідність стимулювання розвитку через судову практику судового прецеденту в якості джерела українського права.

9. Доведено, що рішення Конституційного Суду України в силу своєї специфічної правової природи і значущості безумовно входять у систему права України. Їх зміст як джерел права визначається:

- повноваженнями Конституційного Суду України щодо судового контролю за відповідністю нормативно-правових актів (законів) Конституції та здійсненням офіційного тлумачення;
- негативною правовою нормою (в рішеннях щодо визнання того чи іншого нормативно-правового акту неконституційним);
- обов’язковим тлумаченням Конституції та законів України, що виступає в якості: або правової підстави незастосування положень правових норм, аналогічних за змістом до тих, які визнано неконституційними або взірць розуміння конкретної правової норми, обов’язкового для всіх судів.
- ефектом прямої дії рішень Конституційного Суду України, що серйозно посилює їх прецедентний характер;
- «гнучким» характером рішень Конституційного Суду України на відміну від чітко визначених «жорстких» правових норм, та загалом нагадують «ratio decidendi» судового рішення у країнах англо-американського права;

– існуючою практикою посилення на раніше прийняті свої правові позиції, посилення судами інших юрисдикцій та органами державної влади.

Усе це свідчить про прецедентний характер рішень Конституційного Суду України.

10. Встановлено, що судова практика Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України має дуже важливе значення для всієї правової системи України і відіграє значну роль у системі права України. Правоположення як специфічні результати судової практики Верховного Суду містяться в роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду і безпосередньо в рішеннях вищих спеціалізованих судів з конкретних справ. Роз'яснення, що містяться в опублікованих постановах Пленуму, є джерелами права, хоча питання щодо їх обов'язковості залишається відкритим. Обґрунтованим з точки зору теорії і практики вважається набуття чинності Законом України від 7 липня 2010 р. «Про судоустрій та статус суддів», яким передбачено обов'язковість постанов Верховного Суду України, ухвалених за наслідками неоднакового застосування судами касаційної інстанції одних і тих самих норм закону відносно подібних суспільних відносин, для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності зазначену норму закону, та для всіх судів України.

Отож, принципові рішення Верховного Суду України з конкретних справ є прецедентами тлумачення, усуненнями прогалин у праві і навіть судовими прецедентами. Слідування таким рішенням Верховного Суду України іншими судами забезпечило б дотримання принципу верховенства права та конституційного припису однакового розуміння і застосування закону.

Прецедентний характер актів загальних і спеціалізованих судів України обумовлений:

– вимогами щодо забезпечення єдності судової практики та тісного взаємозв'язку з відповідними повноваженнями щодо здійснення судочинства;

- можливістю вищестоящих судів переглянути, зокрема, змінити або скасувати рішення нижчих, якщо останні не відповідають правоположенням, сформульованим у рішеннях вищих судів;
- обов'язком судів вищих інстанцій контролювати правильний та своєчасний розгляд справ, спрямовувати судову практику і, реалізовувати ці функції, шляхом виправлення помилок судів першої та апеляційної інстанцій;
- необхідністю забезпечення правильного й однакового застосування судами законів та дотримання у судовій практиці норм матеріального і процесуального права.

Засобом забезпечення прецедентного характеру рішень загальних та спеціалізованих судів України являються постанови пленумів вищих судів у вигляді роз'яснень. Вони мають правотворчий характер, оскільки є обов'язковими для нижчих судів та опосередковано обов'язковими – для решти суб'єктів правовідносин, які застосовують норми права, стосовно яких була узагальнена судова практика. Задля забезпечення єдності судової практики виникає необхідність узгодження рішень нижчих судів з конкретних справ з аналогічними рішеннями вищих судів. Останні повинні визнаватися як такі, що мають прецедентний характер не тільки для сторін у справі, а у вирішенні аналогічних справ. Насамперед, це стосується тієї мотивувальної частини рішення, де дається тлумачення законодавства, розкривається зміст правових норм та принципів, усуваються прогалини та неузгодженості тощо. Це дозволяє нам констатувати про де-факто існування судового прецеденту у судовій практиці вищих загальних та спеціалізованих судових органів України протягом 1991 – 2010 рр. А де-юре легалізація судового прецеденту у правовій системі України дозволить прискорити розгляд справ, універсалізувати практику застосування українського законодавства та зробити вітчизняну правову систему більш ефективною.

11. З'ясовано, що судові рішення відіграють особливо важливу роль у міжнародному праві, а обов'язковість судового прецеденту визнається

фактично. До основних характеристик судового прецеденту як джерела міжнародного права належить:

- судовий прецедент та його обов’язковість не встановлені формально у міжнародних договорах;
- сфера міжнародних відносин має свої особливості, позаяк тільки частково регулюється міжнародним правом, коли на перше місце виходить не судова практика як, скажімо, практика конституційних судів у національних правових системах деяких країн, а практика міжнародних відносин;
- міжнародне правосуддя практично завжди носить субсидіарний характер та покладається на взаємодію з національними судовими та правовими системами залежно від предмета та сфери правового регулювання. Приміром, така залежність від національних правових систем у Європейського суду з прав людини є більшою, ніж у Суду ЄС. Крім того, для міжнародних судів правовою базою оцінки відповідності є міжнародне право (міжнародний договір), а не національне право;
- міжнародне правосуддя в галузі прав людини базується на універсальній концепції прав людини;
- попри відсутність нормативного закріплення, судовий прецедент діє фактично й впливає на діяльність як самих міжнародних юрисдикційних органів, так і на суб’єктів міжнародного права, а також на національні правові системи.

Таким чином, рішення Європейського Суду з прав людини необхідно розцінювати як судові прецеденти, які мають обов’язкову силу для українських судів та інших правозастосовувачів у контексті тлумачення Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також Протоколів до неї. У деяких випадках прецеденти міжнародних судів є джерелами права не тільки з питань тлумачення норм міжнародних договорів, але як такі можуть у деяких випадках стати у пригоді при тлумаченні норм внутрішнього права.

12. Необхідно врахувати, що у випадку визнанням за актами судової влади статусу судового прецеденту, слід приділяти більшу увагу рішенням вищих судів у конкретних справах, а також вживати комплекс державних заходів, спрямованих на оприлюднення цих рішень у офіційних джерелах, поліпшення функціонування державного реєстру судових рішень, обов'язкове вивчення цих рішень у межах навчальних курсів з основних галузей права, створення структурних підрозділів у Міністерстві юстиції України, Конституційному, Верховному, Вищому спеціалізованому з розгляду цивільних та кримінальних справ, Вищому адміністративному та Вищому господарському судах України, які б опікувалися систематизацією правоположень, що містяться у судових рішеннях.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Авдюков М.Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве / М.Г. Авдюков. – М.: Изд-во Московского гос. ун-та, 1970. – 202 с.
2. Алексеева Л.Б. Судебный прецедент: произвол или источник права? / Л.Б. Алексеева // Советская юстиция, – 1991. – № 14. – С. 2 – 3
3. Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С.С. Алексеев. – М.: НОРМА, 2001. – 752 с.
4. Алексеев С.С. Общая теория права: В 2-х т. / С.С. Алексеев – Т. 1. – М.: Юридическая литература, 1981. – 359 с.
5. Алексеев С.С. Общая теория социалистического права. / С.С. Алексеев – Свердловск: Изд-во Свердловского гос. ун-та, 1966. – 213 с.
6. Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций в 2-х т. / С.С. Алексеев. – Т. 2. – Свердловск, 1973. – 401 с.
7. Алексеев С.С. Теория права / С.С. Алексеев. — Москва: «Бек», 1994. – 224 с.
8. Анакіна Т.М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу : дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юр. наук: спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / Т.М. Анакіна – К., 2009. – 247 с.
9. Безина А. Конкретизация права в судебной практике / А. Безина, В. Лазарев // Советская юстиция. – 1968. – № 2. – С. 6 – 7
10. Безина А. Судебная практика и развитие советского трудового законодательства. / А. Безина – Казань: Изд-во Казанского гос. ун-та, 1971. – 131 с.
11. Белякова С.В. Правовой статус органов судебной власти в механизме Российского государства: Общетеоретический аспект: автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / С.В. Белякова. – Саратов, 2004. – 30 с.

12. Беяневич В.Е. Прецедентність судової практики: деякі аспекти дослідження проблеми / В.Е. Беяневич // Б'юлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 11 (49). – С. 73 – 80
13. Беяневич О.А. Господарське договірне право України: теоретичні аспекти (Монографія) / О.А. Беяневич. – Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
14. Бержель Ж.-Л. Общая теория права: Пер. с франц. / Под общ. ред. В.И. Даниленко. – М.: Nota Bene, 2000. – 576 с.
15. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж. Берман; пер. с англ. – 2-е изд. – М. : Изд-во МГУ ИНФРА М НОРМА, 1998 – 624 с.
16. Біблія або книги святого письма старого й нового заповіту / Із мови давньоєврейської й грецької дослівно наново перекладена проф. І. Огієнко. – К., Українське біблійне товариство, 2002. – 1375 с.
17. Боботов С.В. Нормообразующая функция судебной практики / Судебная система России: Учеб. пособие. / С.В. Боботов – М.: Дело 2000 – 336 с.
18. Богдановская И.Ю. Судебный прецедент – источник права? / И.Ю. Богдановская // Государство и право. – 2002. – № 12. – С. 5 – 10.
19. Бодров С.Ю. Судебный прецедент в системе источников российского права: вопросы теории и практики : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / С.Ю. Бодров. – Казань. – 2004. – 21 с.
20. Бондаренко-Зелінська Н. Правова система України та судовий прецедент: можливість співіснування / Надія Бондаренко-Зелінська // Журнал Міністерства Юстиції. – 1903. – № 3. – С. 79 – 142.
21. Бондаренко-Зелінська Н. Дотримання конвенції про захист прав людини основоположних свобод при підготовці до судового розгляду судом касаційної інстанції / Надія Бондаренко-Зелінська // Університетські наукові записки. – 2006. – № 2. – С. 117 – 123.

22. Бондаренко Є.І. Судовий прецедент як джерело права в країнах романо-германської правової сім'ї / Є.І. Бондаренко // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rusnauka.com/4_SWMN_2010/Pravo/58923.doc.htm
23. Боннер А.Т. Источники советского гражданского процессуального права. / А.Т. Боннер – М.: Юридическая литература, 1977. – 213 с.
24. Бошно С.В. Судебная практика: способы выражения / С.В. Бошно // Государство и право. – 2003. – № 3. – С. 19 – 29.
25. Бурлай Е.В. Нормы права и правоотношения в социалистическом праве. / Е.В. Бурлай – К.: Наукова думка, 1987. – 92 с.
26. Василенко М.П. Матеріали до історії українського права / М. П. Василенко. – К. : друкарня УАН, 1929. – 470 с.
27. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса / Ред. и с предисл. В.А Томсинов. – М.: Зерцало, 2003. – 464 с.
28. Ващук Д.П. Обласні привілеї Київщині та Волині: проблема походження датування і характеру (друга половина XV – початок XVI) / Д.П. Ващук // Український історичний журнал. – 2004. – № 1 – С. 16 – 23
29. Венгеров А.Б. О прецеденте толкования правовой нормы / А.Б. Венгеров // Учёные записки ВНИИСЗ. – М., 1966. – Вып. 6. – С. 3 – 19.
30. Венская Конвенция о праве международных договоров – Нью-Йорк: ООН, 1969. – 52 с.
31. Вильдхабер Л. Роль и значение прецедента в деятельности Европейского Суда по правам человека / Л. Вильдхабер //Право и политика. – 2001. – № 8. – С. 98 – 112.
32. Вильнянский С.И. Значение логики в применении правовых норм / С.И.Вильнянский //Учёные записки Харьковского юридического института. – 1948. – Вып. 3. – С. 77 – 110
33. Вильнянский С.И. Лекции по советскому гражданскому праву / С.И. Вильнянский. – Харьков: Изд. Харьковского университета, 1958. – 339 с.
34. Вышинский А.Я. Основные задачи науки советского социалистического права. / А.Я. Вышинский – М.: Госюриздат, 1938. – 252 с.

35. Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права / Н.Н. Вопленко. – М.: Юридлит., 1976. – 118 с.
36. Господарський процесуальний кодекс України: Прийнятий 6 лист. 1991 р. № 1798–ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.
37. Гомьен Д., Харрис Д., Звак Л. Европейская Конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. / Д. Гьомен – М.: Изд-во Московского независимого института международного права, 1998. – 600 с.
38. Горин А.Г. О роли высшего кассационного суда России в правовом обеспечении гражданского оборота (вторая половина 19 ст. – начало 20 ст.) / А.Г. Горин // Новое законодательство и его применение в условиях перехода к рыночной экономике. – Н. Новгород, 1994. – С. 19 – 35.
39. Градовский А.Д. Собрание сочинений в 9 т. / А.Д. Градовский – Т. 7 – М., 1901. – 430 с.
40. Грингауз Ш.С. К вопросу об уголовном праве и правотворчестве масс в 1917 – 1918 г.г. / Ш.С. Грингауз // Советское государство и право. – 1940. – № 3. – С. 75 – 91.
41. Гузь Л.Е. Апелляционное и кассационное производство: Теория, проблемы и практика применения судами первой, апелляционной и кассационной инстанции / Л.Е. Гузь. – Харьков: Изд-во «Медиа группа «Харьков юридический», 2003. – 248 с.
42. Гук П.А. Судебный прецедент как источник права: дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / П.А. Гук – Саратов, 2002. – 205 с.
43. Давид Р. Жофре-Спинози К. Основные правовые системы современности. / Пер. с фр. и ред. В.А. Туманова. – М.: Международные отношения, 1999. – 400 с.

44. Демченко Г.В. Судебный прецедент. / Г.В. Демченко – Варшава: Изд-во Варшава, 1903. – 139 с.
45. Дешко Л. Правова природа рішень Європейського суду з прав людини / Л. Дешко, О. Боднар // Правничий часопис Донецького університету. – 2008. – № 2. – С. 76 – 80.
46. Дженіс С., Кей Р., Бредлі Є. Європейське право у галузі прав людини. Джерела і практика застосування. / Пер. з англ. и ред. Г.В. Туманов – К.: Атек, 1997. – 624 с.
47. Дідікін А. Рішення Європейського Суду з прав людини у національній правовій системі / А.Б. Дідікін // Юридичний журнал. – 2009. – №1. – С. 73 – 78
48. Дністрянський С.С. Соціальне поняття права / С.С. Дністрянський // Академічна юридична наука / Укладачі: І.Б. Усенко, Т.І. Бондарук; За загальною редакцією Ю.С. Шемшученка. – К.: ІнЮре, 1998. – С. 214 – 234.
49. Дрішлюк А.І. Законодавче закріплення судового прецеденту на прикладі примусового припинення права власності / А.І. Дрішлюк // Наукові записки. Серія «Право». Вип. 6. – Острог, 2005. – С. 243 – 249.
50. Дрішлюк А.І. Про визначення місця судового прецеденту в системі джерел цивільного права України / А.І. Дрішлюк // Університетські наукові записки. – 2005. – № 3. – С. 72 – 75.
51. Дрішлюк А.І. Щодо співвідношення поняття судового прецеденту та судової практики / А.І. Дрішлюк [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=154
52. Европейский суд по права человека: Избранные решения: в 2 т. / Редкол.: В.А. Туманов и др. – Т. 1. – М.: Юрист, 2000. – 841 с.
53. Евстигнеева Г.Б. Судебные решения как источник права: дис. на соискание науч. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» / Г.Б. Евстигнеева. – М. – 2007. – 144 с.

54. Желтова В.П. Экзистенциалистская философия права: Автореферат. дис... канд. философ. наук: 09.00.01 /Московский гос. ун-т. – М., 1969. – 23 с.
55. Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права / В.М. Жуйков // Судебная практика как источник права. – Москва: Юристъ, 2000. – С. 78 – 90
56. Завадская Л.Н. Концепция закона: отрицание отрицания // Теория права: новые идеи / Под ред. Л.Н. Завадской. – М.: Игпан. – 1993. – Вып. 3. – С. 34 – 45.
57. Кажний Ю.А. Римське право – доктринальна основа права та юридичної науки в країнах романо-германської правової сім'ї та України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юр. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави та права; історія політичних і правових учень» / Ю.А. Кажний. – К., 2008. – 21 с.
58. Закон СССР «О судеустройстве СССР, союзных и автономных республик» // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1938. – № 11. – С. 4 – 17.
59. Закон СССР «О судеустройстве СССР, союзных и автономных республик» и другие законодательные акты о судеустройстве. – М.: Госюриздат, 1957. – 32 с.
60. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини»: Прийнятий 23 лютого 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
61. Закон України «Про Конституційний суд України» Прийнятий 16 жовтня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1996. – № 49. – Ст. 272.
62. Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року, Першого при отоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції»: Прийнятий 17 липня 1997 р. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1997. – № 40. – Ст. 263.
63. Закон України «Про судеустрій України»: Принятий 7 лютого 2002 р. // Офіційний вісник України. – 2002. – № 10. – Ст. 441.

64. Закон УРСР «Про арбітражні суди»: Прийнятий 4 червня 1991 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 36. – Ст. 469
65. Закон УРСР «Про судоустрій Української РСР»: Принятий // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1960. – № 23. – Ст. 176.
66. Закон УРСР «Про судоустрій»: Принятий 5 червня 1981 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1981. – № 24. – 357 с.
67. Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. / С.К. Загайнова – М.: Издательство НОРМА, 2002. – 176 с.
68. Зивс С.Л. Источники права / С.Л. Зивс. – М.: Наука, 1981. – 239 с.
69. Избранные произведения русских мыслителей второй половины 18 ст.: В 2-х т. / Под общ. ред. И.Я. Щипакова. – М.: Госполитиздат, 1952. – Т. 1. – 711 с.
70. Ісмаїлов К.Ю. Вплив рішень Європейського суду з прав людини на систему джерел права України / К.Ю. Ісмаїлов // Держава і право. – 2011. – № 51. – С. 75 – 80.
71. Історія держави і права зарубіжних країн. Хрестоматія / За ред. проф. В.Д. Гончаренка. – К.: Вид.дім «Ін Юре», 2002. – 656 с.
72. История политических и правовых учений: Учебник для юридических вузов и факультетов / Ред. проф. В.С. Нерсисянц. – Москва: «Инфра-М-Кодекс», 1995. – 736 с.
73. Кагадій М. І. Юридична практика в правовій системі України: дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юр. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави та права; історія політичних і правових учень» / М.І. Кагадій. – К., 2005. – 243 с.
74. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права): монография / Д.А. Керимов. – М.: Ин-т госуд. и права Рос. Акад. Наук, Аванта+, 2001. – 322 с.
75. Кибальник А.Г. Введение в международное уголовное право. / А.Г. Кибальник. – Ставрополь: Ставропольсервисшкола, 2001. – 271 с.

76. Кибальник А.Г., Соломоненко И.Г., Шибков О.Н. Принципы и нормы международного права как источники уголовного права. / А.Г. Кибальник – Ставрополь: Ставропольсервисшкола, 2000. – 413 с.

77. Кистяковский Б.А. В защиту права / Б.А. Кистяковский // Вехи: из глубины. – М.: Правда. – 1991. – С. 122 – 149.

78. Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. / Б.А. Кистяковский – М.: Издательство М. и С. Сабашниковых, 1916. – 688 с.

79. Кодекс адміністративного судочинства України: Прийнятий 6 лип. 2005 р. // Уряд. кур'єр. – 2005. – 17 серп. (№ 153 – 154).

80. Козюбра М.І. Конституційний Суд в системі органів державної влади // Державно-правова реформа в Україні: Матеріали науково-практичної конференції. – К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1997. – С. 20 – 25.

81. Козюбра М.І. Право як явище культури / М.І. Козюбра // Право та культура: теорія і практика : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., Київ, 15–16 травня 1997 р. – К., 1997. – С. 27 – 31

82. Комаров В.В. До питання методології науки цивільного процесуального права / В.В. Комаров // Методологічні проблеми правової науки : матеріали міжнар. наук, конф., Харків, 13-14 груд. 2002 р. / упоряд. М.І. Панов, Ю.М. Грошевий. – Х., 2003. – 312 с.

83. Кононенко В.П. Звичаєва природа прецедентного характеру рішень Європейського суду з прав людини.: дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юр. наук: спец. 12.00.01 «Міжнародне право» / В.П. Кононенко – К., 2009. – 218 с.

84. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001 / Відповід. редак. кандидат юрид. наук П.Б. Євграфов. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 512 с.

85. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 2001–2002 / Відповід. редакт. кандидат юрид. наук П.Б. Євграфов. – К.: Видавничий Дім „Ін Юре”, 2002. – 384 с.

86. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 2004 / Відповід. редакт. кандидат юрид. наук П.Б. Євграфов. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Книга 5. – 480 с.

87. Коростелкина О.Н. Судебная практика и судебный прецедент в системе источников российского права: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / О.Н. Коростелкина. – М., 2005. – 192 с.

88. Корчевна Л.О. Проблема різноджерельного права: Дослід порівняльного правознавства. Монографія. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004. – 360 с.

89. Конституция Союза Советских Социалистических Республик: Принята 31 янв. 1924 г. [Електронний ресурс] // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1938. – № 11. – Ст. 412. – Режим доступу до документа: http://constitution.garant.ru/DOC_893226.htm

90. Конституція України: Офіц. видання. Станом на 8 січня 2013 року. – К.: Центр учбової літератури, ВМГО «Український молодіжний правничий союз», 2013. – 80 с.

91. Кримінальний процесуальний кодекс від 28.12.1960 № 1001–05 // <http://zakon2.rada.gov.ua>

92. Кросс Р. Прецедент в английском праве. Перевод с английского / Кросс Р.; Под общ. ред.: Решетников Ф.М. (Предисл.); Пер., предисл.: Апарова Т.В. – М.: Юрид. лит., 1985. – 238 с.

93. Кун Т. Структура научных революций: Пер. с англ. – М.: Прогресс, 1975. – 288 с.

94. Кухнюк Д.В. Роз'яснення Пленуму Верховного Суду України як засіб забезпечення однакового застосування законодавства судами України / Д.В. Кухнюк // Вісник Верховного Суду України. – 2006. – № 12 (76). – С. 27–

95. Кухнюк Д.В. Судовий прецедент як джерело кримінально-процесуального права України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Д.В. Кухнюк. – Київ, 2008.

96. Куц Г. Застосування норм Європейської конвенції та прецедентної практики Європейського суду з прав людини судами України / Г Куц // Право України. – 2002. – № 2. – С. 18 – 23.

97. Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов. / В.В. Лазарев – Казань: Изд-во Казанского гос. ун-та, 1975. – 207 с.

98. Лазарев В.В. Применение советского права. / В.В. Лазарев – Казань: Изд-во Казанского гос. ун-та, 1972. – 200 с.

99. Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. / В.В. Лазарев – М.: Юридическая литература, 1974. – 184 с.

100. Лазарев Л.В. Конституционный суд и развитие конституционного права / В.В. Лазарев // Журнал российского права. – 1997. – № 11. – С. 4 – 9.

101. Лебедев В.М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. / В.М. Лебедев – СПб.: Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет, 2001; издательство «Лань», 2001. – 384 с.

102. Лепетюк С. Співвідношення преюдиції та прецеденту / Степан Лепетюк // Вісник прокуратури. – 2010. – № 11 (112). – С. 95 – 98.

103. Лилак Д.Д. Судочинство і проблеми суддівської правотворчості / Д.Д. Лилак // Вісник Верховного Суду України. – 2003. – № 3 (37). – С. 63 – 68.

104. Лукич Р. Методология права / Р. Лукич; ред., вступ, ст. Д.А. Керимов ; пер. с сербохорв. В.М. Кулистиков. – М. : Прогресс, 1981. – 304 с.

105. Луспеник Д. Отечественная судебная практика как дополнительный источник права / Д. Луспеник //Юридическая практика. – 2004. – № 23(337). – С. 10 – 12.

106. Луць Л.А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України / Л.А. Луць // Вісник центру суддівських студій. – № 6. – 2006. – С. 9 – 15

107. Малышев Н. Курс общего гражданского права России / Н. Малышев. – С.-Пб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1878. – Т. 1. – 366 с.

108. Малишев Б.В. Судова практика: поняття, ознаки, структура / Б.В. Малишев // Часопис Київського університету права. – 2005. – № 2. – С. 22–26.

109. Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико–правовий аспект): дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Малишев Б.В. – К., 2002. – 229 с.

110. Мамонтов А.Г. Принципы системного подхода в исследованиях источников права / А.Г. Мамонтов, Ф.М. Гаджинова // Вестник Московского университета МВД России. – 2005. – № 1. – С. 11–18

111. Марченко А.А. Загальнотеоретична характеристика судових правотворчих актів / А.А. Марченко // Збірник матеріалів V Всеукраїнської науково-теоретичної конференції, Київ, 16 жовтня 2013 р. – Ч. 2. – К.: НАВС. – 2013. – С. 46 – 47

112. Марченко А.А. Історико-правовий екскурс генезису прецедентного права / А.А. Марченко // Наука і правохорона – № 3. – 2013. – С. 267 – 275

113. Марченко А.А. Место судебного прецедента в доктрине и практике Русской империи и СССР / А.А. Марченко // Вестник Воронежского института ФСИН России – № 2 – 2013. – С. 115 – 123

114. Марченко А.А. Поняття судового прецеденту та його місце у правовій системі України / А.А. Марченко // Митна справа – № 5 Ч. 2 Кн. 1. – 2013. – С. 26 – 32

115. Марченко А.А. Прецедентний характер рішень Європейського суду з прав людини в правовій системі України / А.А. Марченко // Митна справа. – № 6. – 2013. – С. 23 – 28

116. Марченко А.А. Прецедентний характер рішень Конституційного суду України / А.А. Марченко / Митна справа - № 1 Ч. 2 Кн. 1 – 2014. – С. 28 – 33

117. Марченко М.Н. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина / М.Н. Марченко // Вестник Московского университета. – сер. 11, Право. – 2000. – № 4. – С. 52 – 63.

118. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. /М.Н. Марченко – М.: Зерцало – М, 2001. – 394 с.

119. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судейское право / М.Н. Марченко. – М.: Издательство «Проспект», 2007. – 512 с.

120. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие / М.Н. Марченко. – М.: Издательство «Проспект», 2006. – 760 с.

121. Марченко М.Н. Источники романо-германского права: понятие, виды, классификация / М.Н. Марченко // Вестник МГУ. Серия 11 (право). – 2000. – № 2. – С. 14 – 28.

122. Матузов Н.И. Понятие и основные приоритеты российской правовой политики / Н.И. Матузов // Правоведение. – 1997. – № 4 – С. 6 – 17

123. Машков А. Проблеми теорії держави і права. Основи : курс лекцій / А. Машков. – К. :К.І.С. – 2008. – 237 с.

124. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленому и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е испр. / Д.И. Мейер – М.: «Статут», 2000 – 831 с.

125. Мойсик В. Українське правосуддя: якого хоче влада і яке потрібно суспільству / В. Мойсик // Голос України від 14 липня 2006 р. – № 128 (3878). – С. 8 – 9

126. Муромцев С.А. Суд и закон гражданском праве / С.А. Муромцев // Юридические вести. – 1880. – № 11. – С. 375 – 399

127. Наумов А.В. Судебный прецедент как источник уголовного права / А.В. Наумов // Российская юстиция. – 1994. – № 1. – С. 8 – 11

128. Нерсисянц В.С. Теория государства и права / В.С. Нерсисянц – Норма (Издательская группа Норма-Инфра М). – 2001, – 272 с.
129. Оборотов Ю.Н. Філософія права і методологія юриспруденції / Ю.Н. Оборотов // Проблеми філософії права. Т. 1. – Чернівці, 2003. – С. 6 – 53
130. Общая теория права /Под общ. ред. В.К. Бабева. – Н. Новгород: Изд-во Нижегородского гос. ун-та, 1993. – 544 с.
131. Общая теория права / отв. ред. А.С. Пиголкин. — М.: Юристъ, 1994. – 383 с.
132. Омеляненко Г. Нова Конституція і питання судової влади та судочинства / Г. Омеляненко // Право України. – 1996. – № 10. – С. 11–16.
133. Онищенко Н.Н. Становление и развитие источников советского права на Украине. / Н.Н. Онищенко – К.: Наукова думка, 1987. – 111 с.
134. Осетинський А. Деякі питання судової централізації в аспекті реформування системи правосуддя / А. Осетинський // Право України. – 2006. – № 8. – С. 9 – 15
135. Основы теории государства и права: Учебное пособие для юридических институтов и факультетов. / М.Н. Марченко – М.: Госюриздат, 1963. – 563 с.
136. Паліюк В.П. Застосування судами України Конвенції про захист прав людини та основних свобод / В.П. Паліюк. – К.: Фенікс, 2004. – 263 с.
137. Паліюк В.П. Рішення Європейського Суду з прав людини і практика розгляду цивільних справ судами України / В.П. Паліюк. // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 2(24). – С. 53 – 56.
138. Пархоменко Н.М. Методологічні підходи до дослідження джерел права / Н.М. Пархоменко // Правова держава. – 2005. – Вип. 16. – С. 115 – 121
139. Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології / Н.М. Пархоменко. – К. : Юрид. думка, 2008. – 219 с.
140. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / Л.И. Петражицкий. – С.– Пб.: Тип. С.–Пб. АО Слово, 1907. – Т. 1. – 656 с.

141. Погрібний І.М. Судовий прецедент та його значення в процесу заповнення прогалин у законодавстві / І.М. Погрібний, Ю.І. Матат // Право і безпека: Науковий журнал. – 2009. – № 3. – С. 43 – 50

142. Погребняк С.П. Вплив судової практики на юридичні акти в романо–германській правовій сім'ї / С.П. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 4 (35). – С. 92 – 99

143. Погребняк С.П. Принцип верховенства права: деякі теоретичні проблеми / С.П. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 1 (44). – С. 26 – 36.

144. Подольская Н.А. К вопросу о понятии прецедента как источника права / Н.А. Подольская // Судебная практика как источник права. – М.: Юристъ, 2000. – С. 149 – 152.

145. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. / И.А. Покровский – М.: «Статут», 2001, – 354 с.

146. Поляков А.В. Коммуникативная концепция права (проблемы генезиса и теоретико-правового обоснования) : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / А.В. Поляков. – СПб, 2002. – 517 с.

147. Поляков А.В. Общая теория права : курс лекций / А.В. Поляков. – СПб, 2004. – 412 с.

148. Попов О.В. Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в РФ: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / О.В. Попов. — Тольятти, 2004. – 221 с.

149. Попов Ю. Суддівське правотворення на прикладі регулювання відносин щодо неукладених угод / Ю.Ю. Попов // Юридичний радник. – 2005. – № 5. – С. 34 – 38

150. Постанови Верховного Суду України та Вищого господарського суду України у господарських справах. – Вип. 1 (4) / за заг. ред. В.Т. Маляренка. – К.: „Ін Юре”, 2004. – 344 с.

151. Постанова Верховної Ради України Про Концепцію судово-правової реформи в Україні – Відомості Верховної Ради України № 30, 1992. – ст. 446

152. Постанова Вищого Господарського Суду України у справі № 7/11 від 24 вересня 2001 року. [Електронний ресурс] – Режим доступу до документа: http://www.arbitr.gov.ua/documents/7_11_2001-09-24.html

153. Постанови Пленуму Верховного Суду України (1972 – 2002): Офіційне видання / За заг.ред. В.Т. Маляренка. – К.: Видавництво «А.С.К.», 2003. – 560 с.

154. Постанови Пленуму Верховного Суду України (1995 – 1998). Правові позиції щодо розгляду судами окремих категорій цивільних справ / Відп. ред. П.І. Шевчук. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – 272 с.

155. Права за якими судиться малоросійський народ 1743 року / [К.А. Вислоблоков (упоряд.) НАН України Інститут держави і права ім. Корещького]. – К., 1997. – 547 с.

156. Правовая система Англии. / А.К. Романов 2-е изд., испр. – М.: Дело, – 2002. – 344 с.

157. Проблемы общей теории права и государства / под ред. В.С. Нерсисянца. – М. : НОРМА–ИНФРА, 1999. – 487 с.

158. Про юрисдикцію Європейського суду з прав людини в Україні : Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 18 листопада 2003 року № 01–8/1427 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1077.1650.1&nobreak=1>

159. Псевдонаучное знание в современной культуре (материалы «круглого стола») / М.Н. Матузов // Вопросы философии. – 2001. – № 6. – 125 с.

160. П'янова Я. Судовий прецедент – шлях до справедливого вирішення спору / Я. П'янова // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 1 – С. 30 – 34

161. Решетникова И.В. Доказательственное право Англии и США. 2-е изд., перераб. и доп. / И.В. Решетникова – М., 1999. – 284 с.

162. Рішення Верховного Суду України від 14 липня 2005 року // Закон і бізнес. – 24 – 30 вересня 2005 р. – № 39. – С. 5.

163. Рішення Конституційного Суду України від 25 листопада 1997 р. № 6-зп. Окрема думка судді Конституційного Суду України Скоморохи В.Є. // Вісник Конституційного Суду України. – 1998. – № 1. – С. 8 – 12.

164. Рішення Конституційного Суду України від 11 квітня 2000 р. № 4-рп/2000 // Вісник Конституційного Суду України. – 2000. – № 2. – С. 17 – 21.

165. Рішення Конституційного Суду України від 28 березня 2001р. № 2-рп/2001 // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 2. – С. 16 – 18.

166. Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. – М.: «Юрист», 1999. – 544 с.

167. Савенко М. Роль практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України / М. Савенко // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 6. – С. 51 – 55.

168. Сальвиа де М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Судебная практика с 1960 по 2002 гг. / М. де Сальвиа; пер. с англ. – С-Пб: Юрид. центр Пресс, 2004. – 1072 с.

169. Селіванов А.О. Верховенство права в конституційному правосудді: Аналіз конституційної юрисдикції / А.О. Селіванов. – К.: «Логос», 2006. – 400 с.

170. Селіванов В. Методологічні проблеми запровадження конституційних принципів «верховенство права» і «верховенство закону» / В. Селіванов // Право України. – 1997. – № 6. – С. 14 – 17.

171. Синюков В.Н. Российская правовая система: Введения в общую теорию. – Саратов: Полиграфист, 1994. – 496 с.

172. Сипулин С.В. Судебный прецедент как источник права: дисс. ... кандидата юридических наук: 12.00.01. / С.В. Сипулин. – Краснодар, 2008. – 188 с.

173. Скакун О.Ф. Судова правотворчість у країнах континентальної Європи / О.Ф. Скакун // Державне будівництво та місцеве самоврядування. — 2001. — Випуск 1. — С. 124 — 136
174. Скакун О.Ф. Теория государства и права: Учебник. / О.Ф. Скакун — Х. : Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. — 704 с.
175. Скомороха В. Вплив конституційної юстиції на розвиток українського конституціоналізму / В. Скомороха // Право України. — 2000. — № 12. — С. 3 — 8.
176. Советский энциклопедический словарь: 4 издание / Гл. ред. А.М. Прохорова — М. : Советская энциклопедия, 1986. — 1599 с.
177. Стецик Н. Судові правотворчі акти: загальнотеоретична характеристика / Назар Стецик // Вісник Львівського університету. — 2011. — Вип. 52. — С. 27 — 32.
178. Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С.Н. Братусь. — М. : Юридическая литература, 1975. — 328 с.
179. Судово—практичний коментар до Кримінального кодексу України / упор. і авт. передм. М.І. Хавронюк. — К. : «Юрисконсульт», 2006. — 550 с.
180. Теоретические вопросы систематизации советского законодательства / под ред. С.Н. Братуся и И.С. Самощенко. — М.: Госюриздат, 1962. — 575 с.
181. Тесленко М.В. Конституційна юрисдикція в Україні: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.02. / М.В. Тесленко / НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. — К., 2000. — 17 с.
182. Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. В.М. Матузова, Н.П. Малько. — М.: Юрист, 2001. — 776 с.
183. Тесленко М. Правова природа актів Конституційного Суду України // Право України. — 2000. — № 2. — С. 6 — 9.
184. Тихий В. Офіційне тлумачення Конституції та законів України Конституційним Судом України / В. Тихий // Вісник Конституційного Суду України. — 1998. — № 4. — С. 38 — 45

185. Тихомиров О. Методологія юридичної компаративістики: проблеми філософського осмислення / О. Тихомиров // Право України. – 2006. – № 2. – С. 32 – 35.

186. Тищик Б.И. История государства и права стран Древнего мира: Учеб. пособие. / Б.И. Тищик – Т. 47. – М. : Мир, 2001. – 384 с.

187. Топорнин Б.Н. Система источников права: тенденции развития / Б.Н. Топорнин // Судебная практика как источник права. – Москва : Юристъ, 2000. – С. 9 – 45

188. Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. / Е.Н. Трубецкой – СПб. : Лань, 1998. – 218 с.

189. Уолкер Р. Английская правовая система / Р. Уолкер; пер. с англ. – Москва: «Юридическая литература», 1980. – 252 с.

190. Ухвала колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 19 грудня 2006 року // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 1. – С. 12 – 13.

191. Ухвала колегії суддів Судової палати в цивільних справах Верховного Суду України від 28 березня 2007 року // Судова практика. – 2007. – № 3 – 4. – С. 23 – 26.

192. Ухвала Конституційного Суду України від 16.11.2006 за № 13-у/2006 «Про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Брюховицької селищної ради міста Львова щодо офіційного тлумачення положень статті 142 Конституції України, статті 149, пункту 12 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України, частини третьої статті 16 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» // Вісник Конституційного Суду України. – 2007. – № 1. – С. 21 – 22.

193. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – СПб.: Альфа, 1996. – 552 с.

194. Хаусманингер Г.О современном значении римского права / Г. Хаусманингер // Советское государство и право. – 1991. – № 5. – С. 98 – 104.

195. Хорошковська Д.Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Д.Ю. Хорошковська. – К., 2006. – 194 с.
196. Хропанюк В.Н. Теория государства и права: Учебное пособие для высших учебных заведений / Под ред. профессора В.Г. Стрекозова – «Дабахов, Ткачѣв Димов», 1995. – 384 с.
197. Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2-х т. / К. Цвайгерт – М.: Международные отношения, 2000. – Т. 1. (Основы). – 480 с.
198. Цвік М.В. Про сучасне праворозуміння / М.В. Цвік // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4(27). – С. 3 – 13.
199. Цивільний процесуальний кодекс України: Прийнятий 18 бер. 2004 р. № 1618–IV // Офіційний вісник України. – 2004 – № 16. – Ст. 1088.
200. Цивільний кодекс України: Офіц. текст: Прийнятий 16 січ. 2003 р. / Верхов. Рада України. – К.: Парлам. вид-во, 2003. – 352 с.
201. Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. – Новосибирск: Наука: Сиб. предприятие, 1997. – 391 с.
202. Червоний І.С. Право поруки окремого члена селянського двору / І.С. Червоний // Червоний юрист. – 1926. – № 1. – С. 27 – 32.
203. Червонюк В.И. Теория государства и права: Учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по спец. 12.00.01. / под ред. З.Х. Кожуринчева. – М.: ИНФРА–М, 2003. – 255 с.
204. Шаповал В. Офіційне тлумачення як функція Конституційного Суду України (проблеми теорії) / В. Шаповал // Вісник Конституційного Суду України. – 1999. – № 3. – С. 52 – 57
205. Шаповал В.М. Становлення конституційної юрисдикції в Україні / В.М. Шаповал // Правова держава: Щорічник наукових праць Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К.: Ін Юре. – 1998. – Вип. 9. – С. 111 – 115

206. Шаповал В. Становлення конституціоналізму в Україні: проблеми теорії / В. Шаповал // Право України. – 1998. – № 5. – С. 25 – 29.
207. Шемшученко Ю., Погорілко В. Проблеми функцій Конституційного Суду України / Ю. Шемшученко // Вісник Конституційного Суду України. – 2002. – С. 54 – 56.
208. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Учебное пособие (по изданию 1910 – 1912 гг.) / Г.Ф. Шершеневич. – М.: Юрист, 1995. – 805 с.
209. Шевчук С.В. Загально-теоретичні проблеми нормативності актів судової влади: дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.01 / С.В. Шевчук – Харків, 2008. – 434 с.
210. Шевчук С.В. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського праворозуміння / С.В. Шевчук // Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – № 2. – С. 221 – 238.
211. Шевчук С.В. Судова правотворчість та соціологічна школа права / С.В. Шевчук // Вісник Верховного Суду України. – 2007. – № 1. – С. 24 – 29.
212. Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2006. – 848 с.
213. Шевчук С.В. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту / С.В. Шевчук // Право України. – 2000. – № 2. – С. 45 – 48.
214. Шишкіна Е. В. Деякі аспекти правової природи рішень Європейського Суду з прав людини / Е.В. Шишкіна // Право України. – 2005. – № 9. – С. 102–105.
215. Шмелева Г.Г. Конкретизация юридических норм в правовом регулировании / Г.Г. Шмелева; Львовский гос. ун-т. – Львов: Изд-во Львовского госуниверситета, 1988. – 104 с.

216. Юридичний висновок Міністерства юстиції щодо питань, які виникли у зв'язку з реалізацією постанови Верховної Ради України від 1 грудня 2006 р. № 413 – V «Про звільнення Тарасюка Б.І. з посади міністра закордонних справ України» [Електронний ресурс] – Режим доступу до документа: <http://www.minjust.gov.ua/0/8467>

217. Явич Л.С. Общая теория права. / С.Л. Явич – Л.: Изд-во Ленинградского гос. ун-та, 1976. – 385 с.

218. Якубенко В. Защита свободы слова в суде // Юридическая практика. – 2003. – № 48(310). – С. 13 – 14

219. Янчук А. Перспективы согласования кодексов: Участники форума о практических аспектах решения проблем применения коллизионных норм ГК и ХК / А. Янчук // Юридическая практика. – 2004. – № 14(328). – С. 13 – 17

220. Ярошенко К.Б. Судебная практика и гражданское право / К.Б. Ярошенко // Судебная практика в советской правовой системе. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 119 – 141–

221. Alexy R. Theory of Legal Argumentation / R. Alexy. – Oxford: Clarendon Press, 1989. – 295 p.

222. Berman H. Justice in Russia: An Interpretation of Soviet Law / H. Berman. – Cambridge: Harvard University Press, 1950. – 326 p.

223. Dawson J. The Oracles of the Law / J. Dawson. – Chicago: University of Michigan Press, 1968. – 520 p.

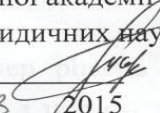
224. Schroeder F.–C. Social Courts and Administrative Justice in Pre-Revolutionary Russia: A Study in the Continuity of Russian Law / F.–C. Schroeder // European Legal Cultures / Gessner V., Hoeland A., Varga Cs., eds. – Dartmouth, 1996. – P. 224 – 229.

ДОДАТКИ

Додаток А

ЗАТВЕРДЖУЮ

Перший проректор
Національної академії внутрішніх справ
доктор юридичних наук, професор

 С.Д. Гусарєв

19 03 2015

АКТ

**про впровадження результатів дисертаційного дослідження здобувача
кафедри історії держави та права Марченка Артема Анатолійовича в
навчальний процес Національної академії внутрішніх справ**

Комісія у складі: начальника навчально-методичного центру, кандидата юридичних наук, доцента Корж-Ікаєвої Т.Г., завідувача кафедри історії держави та права, доктора історичних наук, професора Кузьминця О.В., професора кафедри історії держави та права, кандидата історичних наук, доцента Калиновського В.С. засвідчує, що матеріали кандидатської дисертації Марченка А.А., на тему «Судовий прецедент у правовій системі України (1991 – 2010 рр.)» використовуються у навчальному процесі Національної академії внутрішніх справ під час проведення лекційних, семінарських, практичних занять із слухачами та курсантами при вивченні дисциплін «Історія держави і права України», «Історія держави і права зарубіжних країн».

Результати дисертаційного дослідження знайшли своє відображення у навчально-методичних матеріалах з історії держави і права України та зарубіжних країн, де в якості джерел рекомендовано такі публікації:

1. Марченко А.А. Історико-правовий екскурс генезису прецедентного права / А.А. Марченко // Наука і правохорона – № 3. – 2013. – С. 267 – 275
2. Марченко А.А. Место судебного прецедента в доктрине и практике Русской империи и СССР / А.А. Марченко // Вестник Воронежского института ФСИН России – № 2 – 2013. – С. 115 – 123
3. Марченко А.А. Поняття судового прецеденту та його місце у правовій системі України / А.А. Марченко // Митна справа – № 5 Ч. 2 Кн. 1. – 2013. – С. 26 – 32

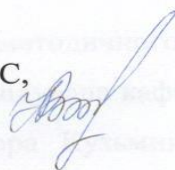
4. Марченко А.А. Прецедентний характер рішень Європейського суду з прав людини в правовій системі України / А.А. Марченко // Митна справа. – № 6. – 2013. – С. 23 – 28

5. Марченко А.А. Прецедентний характер рішень Конституційного Суду України / А.А. Марченко / Митна справа – № 1 Ч. 2 Кн. 1 – 2014. – С. 28 – 33

Члени комісії:

Начальник навчально-методичного центру НАВС,
кандидат юридичних наук, доцент

19 03 2015

 **Т.Г. Корж-Ікаєва**

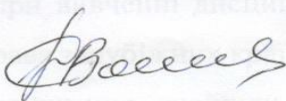
Начальник кафедри
історії держави та права
доктор історичних наук, професор

19 03 2015

 **О.В. Кузьминець**

Професор кафедри
історії держави та права,
кандидат історичних наук, доцент

19 03 2015

 **В.С. Калиновский**

**КИЇВСЬКИЙ АПЕЛЯЦІЙНИЙ АДМІНІСТРАТИВНИЙ СУД**

01010 м. Київ, вул. Московська, 8, корп.30, тел.254-21-09; e-mail: inbox@apladm.ki.court.gov.ua

вих. № 01-19/5338 від «08» червня 2015 року

До Спеціалізованої Вченої ради
Національної академії внутрішніх справ

ДОВІДКА

про впровадження результатів дисертаційного дослідження
здобувача кафедри історії держави і права
Національної академії внутрішніх справ
Марченка Артема Анатолійовича

Даною довідкою підтверджується, що у роботі Київського апеляційного адміністративного суду успішно використовуються наукові дослідження здобувача кафедри історії держави і права Національної академії внутрішніх справ, помічника судді Київського апеляційного адміністративного суду **Марченка А.А.**, який працює над дисертаційним дослідженням на тему: «Судовий прецедент у правовій системі України (1991 – 2010 рр.)».

Так, семінарські заняття за тематикою дисертаційного дослідження включені до Плану підвищення кваліфікації суддів та працівників апарату Київського ААС на I півріччя 2015 року; згідно із зазначеним планом відповідний семінар проведено у травні 2015 року.

Крім того, працюючи над дисертаційним дослідженням історично-правового спрямування, Марченко А.А. неодноразово виступав та обговорював в колективі суду інформацію про результати своєї наукової діяльності, наводив приклади впливу судового прецеденту на формування практики судів першої та апеляційної інстанції.

Висновки дисертаційного дослідження, зокрема, щодо історії, місця, ролі та значення судового прецеденту у правовій системі України, а також аналіз його впливу та формування місцевими та апеляційними судами своєї практики з урахуванням рішень Європейського суду з прав людини, Конституційного Суду України, Верховного Суду України та Вищого адміністративного суду України мають практичну значимість, є науково обґрунтованими та корисними.

Довідка видана на підтвердження факту впровадження результатів дисертаційного дослідження здобувачем НАВС Марченком А.А. у практичну діяльність Київського апеляційного адміністративного суду.

Голова
Київського апеляційного
адміністративного суду



А.М. Горяйнов