

СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ

LEGAL PRACTICE AS A SOURCE OF LAW: THEORETICAL AND LEGAL RESEARCH

Вертегел С.П., студентка I курсу
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Посашкова В.С., студентка I курсу
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню однієї з ключових тем теорії права – судовій практиці як джерелу права, її місцю серед основоположних чинників творення правових систем світу, дослідження якої спрямоване на поглиблення загальнотеоретичного пізнання цього явища.

У статті розглянуто специфіку судової практики та наголошено, що роль судової практики є неоднаковою залежно від того, набуває вона обов'язкового чи необов'язкового характеру. Запропоновано судову практику визначати як сукупність судових рішень, яка є результатом професійної діяльності суддів вищих судових інстанцій у сфері правозастосування та правотлумачення певної категорії справ, що внаслідок своєї багаторазовості й одноманітності застосування виступають правовим зразком для наступних судових рішень в аналогічних справах.

Проаналізовано значення судової практики та її вплив на регулювання суспільних відносин у правових системах сучасності. Встановлено, що основна різниця між значенням судової практики для англо-американської та романо-германської правових сімей полягає у різному ставленні до обов'язкової сили судових рішень для вирішення аналогічних справ у майбутньому.

У праці проведено детальне дослідження питання співвідношення судової практики та судового прецеденту в контексті застосування цих джерел у англо-американській і романо-германській правових сім'ях. Для висвітлення різних підходів до диференціювання судової практики авторами було розглянуто професійну діяльність суддів у трьох основних формах: судової правотворчості у класичному розумінні, тлумачення норм права за допомогою ухвалених судових рішень, тобто створення прецеденту тлумачення і т. зв. «негативної правотворчості».

Висвітлено сучасний стан функціонування судової практики в українській правовій системі та перспективи його розвитку з огляду на чинні положення щодо доцільності застосування судової практики при вирішенні справ певних категорій.

Ключові слова: судова практика, судовий прецедент, джерело права, правова система, суддя.

The scientific article is devoted to analysis one of the key topics of theory of law – judicial practice as a source of law, its place among fundamental factors in the creation of the national legal systems of the world, the study of which aims to deepen theoretical knowledge of the phenomenon.

The article considers the specificity of the jurisprudence and it is emphasized that the role of the case law is different depending on whether it is mandatory or optional. It is proposed to define judicial practice as a set of court decisions, which is the result of the professional activity of judges of higher judicial units in the field of law enforcement and interpretation of a certain category of cases, which due to their multiple and uniform application serve as a model for subsequent court decisions in similar cases.

It was analyzed the importance of the judicial practice and its influence on the regulation of public relations in the contemporary legal systems. It is established that the main difference between the value of case law for Anglo-American and Romano-German legal families is that they will differ in the binding force of judgments to resolve similar cases in the future.

The detailed study of the relationship between judicial practice and judicial precedent in the context of the application of these sources in the Anglo-American and Romano-German legal systems carried out in work. To ascertain different approaches for the differentiation of judicial practice, the author considered the professional activities of judges in three main forms: judicial law-making in the classic sense, the interpretation of the law through judicial decisions and the so-called "negative law-making".

The present state of functioning of the judicial practice in the Ukrainian legal system and its development prospects in view of the current provisions on the advisability of applying case law in the resolution of cases of certain categories were highlighted in the article.

Key words: jurisprudence, judicial precedent, source of law, legal system, judge.

Вступ. Судова практика виступає основою загального правового простору відповідної держави або кількох держав, які визнають юрисдикцію певного міжнародного суду. У зв'язку з цим важливим є врахування специфіки судової практики не лише як чинника правореалізації, а й правотворчої діяльності суддів. На нашу думку, є необхідність використання судових рішень як джерела права для усунення прогалин чинного законодавства та створення динамічної системи права.

Досконалість законів не існує, адже передбачити всі можливі конфліктні ситуації у процесі реалізації тих чи інших норм права просто неможливо. У цьому разі саме судова практика розкриває, поглиблює і конкретизує зміст норми, яка застосовується в конкретних правовідносинах.

Необхідність змістовного дослідження цього явища пояснюється наявністю розбіжностей із широкого кола питань у працях вчених, що стосуються судової практики, особливо перспективи запровадження судової практики як джерела права в Україні

Метою цього дослідження є повний та об'єктивний аналіз судової практики як джерела права, встановлення сутності цієї категорії, визначення її специфіки та місця серед інших джерел права у всіх правових системах сучас-

ності, знаходження спільних і відмінних рис із судовим прецедентом. Також важливим завданням є з'ясування можливостей застосування судової практики в Україні.

Останні дослідження. Проблема визнання судових рішень і судової практики джерелами права постійно цікавила та продовжує цікавити вчених-юристів. Однак, незважаючи на підвищену увагу до аналізованої проблеми, спостерігаються розбіжності з широкого кола питань, що стосуються судової практики. Серед науковців, які займалися розробками питання судової практики, слід виокремити І.В. Борщевського, О.Р. Дашковську, М.В. Мазура, Б.В. Малишева, Н.М. Пархоменко, О.В. Петришина, С.П. Погребняка, Д.Ю. Хорошковську, М.В. Цвіка, С.В. Шевчука та ін.

Викладення основного матеріалу. Судова практика як альтернатива судовому прецеденту визнається джерелом права у країнах романо-германської правової сім'ї. Відповідно до однієї з найпоширеніших класифікацій джерел права судова практика є формально необов'язковим, вторинним джерелом права. Вона може надати переконливе обґрунтування для судового рішення, однак посилання лише на неї недостатньо. Воно має бути поєднане з посиланням на відповідний нормативно-право-

вий акт, нормативно-правовий договір чи інше формально обов'язкове джерело права. Ситуація може бути іншою, якщо держава прямо вказує на обов'язковість висновків, викладених у відповідних судових актах [1, с. 22].

Проаналізувавши погляди різних науковців, можна виокремити декілька основних підходів до визначення цього поняття, кожен із яких включає ряд тих чи інших ознак. Отож, судову практику розглядають як:

1) об'єктивований досвід індивідуально-правової діяльності судових органів, який формується внаслідок застосування права при вирішенні юридичних справ [2, с. 72];

2) вся діяльність судів із вирішення конкретних справ, що включає рішення правильні й неправильні, залишені в силі та скасовані чи змінені [3, с. 494];

3) діяльність усіх ланок судової системи щодо виконання покладених на них завдань (у широкому розумінні); правоположення, які створюються судовими органами та конкретизують норми права (у вузькому розумінні) [4, с. 87–88];

4) такий різновид юридичної практики, що полягає у правозастосовній, інтерпретаційній і правотворчій діяльності судів, яка втілюється у певних видах юридичних актів [5, с. 93].

Узагальнивши вищезазначені підходи до виокремлення категорії «судова практика», на наш погляд, сформулюємо таке її визначення: судова практика – це сукупність судових рішень, що є результатом професійної діяльності суддів вищих судових інстанцій у сфері правозастосування та правотлумачення певної категорії справ, які внаслідок своєї багаторазовості й одноманітності застосування виступають правовим зразком для наступних судових рішень в аналогічних справах.

Для виділення загальних рис, що окреслюють судову практику з-поміж інших джерел права, слід простежити її значення для різних правових систем. Згідно з класичною європейською традицією особливу роль відіграє оригінальний текст чи інше оригінальне джерело. Саме традиція тлумачення, велика повага до оригінального тексту або писемного джерела визначила роль прецеденту як джерела права у країнах романо-германського права. У цих країнах зазвичай немає законодавчих підстав для визнання обов'язковості судового прецеденту. Головна особливість правових систем, які входять до романо-германської правової сім'ї, полягає у тому, що закон визнається основним серед інших джерел права [6, с. 481].

Щодо судової практики як джерела права в країнах англо-американської правової сім'ї, то у них замість судової практики джерелом права визнається судовий прецедент, який має там первинне, обов'язкове значення. На цій підставі між судовою практикою та судовим прецедентом не слід ставити знак рівності, оскільки вони є окремими складовими частинами судової правотворчості, тож окреслена проблема термінологічної розбіжності вимагає використання логічних правил диференціювання [7, с. 37]. Зокрема, прецедентне право традиційно визначається як право, що складається із норм і принципів, створених і застосованих англійськими суддями у процесі винесення ними судових рішень [8, с. 137–138]. Незважаючи на відмінності між судовою практикою та прецедентом, одноманітність розгляду однакових справ лежить в основі обох цих джерел. Наприклад, давньоримська сентенція говорить: «*Renun perpetuo similiter iudicatarum auctoritas vim legis obtinere debet*» (судові рішення зі справ, які постійно вирішуються однаково, набувають силу закону) [9, с. 149].

Спільні риси судової практики та судового прецеденту були охарактеризовані у монографії С.В. Шевчука, який, провівши глибокий аналіз українських, російських та іноземних доктринальних джерел, виділив такі спільні ознаки форм судового права:

1) мають «неписаний» характер, тобто приймаються суддями, а не законодавцем;

2) походять із забезпечення необхідності здійснення правосуддя і здебільшого формуються у процесі застосування та тлумачення норм права у процесі розгляду конкретної справи;

3) забезпечуються державою через діяльність органів із виконання судових рішень;

4) розвиваються на підставі встановлених у судовому засіданні юридичних фактів і життєвих обставин;

5) не мають чітко визначеної структури, як у нормативно-правового припису, а формуються шляхом аргументації, з якої виводиться певне правило, принцип, підхід (*ratio decidendi*), застосування якої призвело до вирішення справи тим чи іншим способом за конкретних обставин [6, с. 9].

Водночас судова практика має суттєві відмінності від судового прецеденту:

1) вона не визнається обов'язковою для застосування в аналогічних справах, якщо не має повторюваності. Іншими словами, те чи інше правило, вироблене судовою практикою, щоб набути статусу правоположення, має виступити юридичною основою вирішення цілої низки справ;

2) вона характеризується тим, що правові норми, які створюються судом (навіть вищим), не мають такої обов'язковості для нижчих судових інстанцій під час розгляду аналогічних справ, як норми, що містяться в законодавстві;

3) відрізняються вони також за механізмом створення: для судової практики характерним є накопичення одиничних судових рішень із подальшим узагальненням практики верховною судовою інстанцією щодо них, а прецедентному праву притаманна казуїстичність, тобто тут норма права створюється в силу нормативної обов'язковості окремо взятого судового рішення. Інакше кажучи, судова практика є поєднанням безлічі аналогічних рішень для забезпечення їх впорядкованості й автоматизації [7, с. 36–37]. Звісно, можлива ситуація, коли суд виносить різні висновки у справах, що здаються на перший погляд аналогічними, однак у таких випадках Велика Палата ВС запровадила практику, коли у тексті постанови вона демонструє відмінності справи, що розглядається, від справи, у якій раніше був сформульований певний висновок щодо застосування нормативного припису [10].

У романо-германському (континентальному) типі правових систем, де нормативно-правові акти є первинним джерелом права і з яким ідентифікується сучасна правова система України, поступово збільшується вплив судової практики. Хоча і дотепер у правових системах цього типу відсутня як концепція прецедентного права, так і уподібнена практика застосування прецедентних рішень судами. Це пояснюється принципом поділу влади, відповідно до якого основною функцією судової гілки влади є правозастосування.

Але якщо в законодавстві України немає формалізованого поняття «прецедент», то це не означає, що де-факто його не існує. Загалом виділяють декілька видів судової правотворчості:

1) судова правотворчість у класичному розумінні, яка є характерною для національних правових систем англо-американської правової сім'ї;

2) «прецеденти тлумачення», що створюються вищими судовими інстанціями шляхом обмежувального або розширювального тлумачення відповідного нормативного припису, внаслідок чого з'являється нове правило, яке раніше в такому вигляді формалізоване не було [10];

3) «негативна правотворчість», що означає фактичне скасування чинних нормативно-правових актів або їхніх частин шляхом визнання їх неконституційними чи неправомірними.

Здебільшого в українській судовій практиці зустрічаються саме два останні види судової правотворчості. Відповідь на питання, чому в українській правовій системі, де пріоритетність актів законодавця закріплено на законодавчому рівні, все ж таки виникає потреба в суддівській правотворчості, дає концепція відкритої структури права англійського вченого Г. Харта. Відповідно до цієї концепції правові норми є неоднозначними, тобто складаються з ядра (правових положень, які загалом є зрозумілими) та «сутінкової зони», зміст яких неможливо зрозуміти без розширеного суддівського тлумачення. Тобто у відповідних сферах суспільного життя законодавець залишає за судовими органами чи посадовими особами, уповноваженими на вирішення справ, що відповідають їхньої юрисдикції, право продовжити справу, розпочату правотворцем [цит. за: 11, с. 178–179].

Так, вищі суди у процесі офіційного тлумачення закону чи у касаційній процедурі вправі доповнити, уточнити або змінити нечітко сформульовану або створити відсутню норму права. Самостійним джерелом права визнаються і рішення органів конституційного правосуддя (конституційних судів), які створюються у процесі здійснення ними нормотворчих функцій: конкретизації та інтерпретації конституційних норм, а також створення нових правових норм [12, с. 12]. Проте погляди науковців на виділення правотворчої функції судової практики Конституційного Суду України є різною. Наприклад, С.В. Шевчук стверджує, що акти Конституційного Суду є «квазіпрецедентними» в контексті української правової системи [13, с. 45]. На противагу цьому О.О. Уварова вважає, що діяльність із визнання правових актів конституційними чи неконституційними не повинна визнаватися окремою формою діяльності органів держави, оскільки за своїми ознаками є різновидом правозастосовної діяльності [14, с. 145].

На особливу увагу заслуговує питання т. зв. «прецедентів тлумачення». У своїй монографії «Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні» С.В. Шевчук приділяє велику увагу класифікації судових прецедентів, серед яких можна виділити два підвиди: прецеденти, створені на основі загального права, та прецеденти, створені на основі писаного права. В інших правових системах вони називаються, відповідно, прецедентами, що створюють нові правові положення, та прецедентами тлумачення. Прецедент тлумачення визнається самостійним джерелом права, який отримує «самостійне» юридичне життя окремо від правової норми, що тлумачиться, хоча органічний зв'язок між нормою та прецедентом тлумачення не зникає [6, с. 363]. Наприклад, у рішенні від 13 липня 2001 р. № 11–рп/2001 (за справою про адміністративно-територіальний устрій) Конституційний Суд України констатував: «положення п. 13 ч. 1 ст. 92 Конституції України про те, що виключно законами України визначається «територіальний устрій України», треба розуміти так, що питання територіального устрою України, зокрема визначення змісту цього поняття, правового статусу і видів адміністративно-територіальних одиниць, повноваження органів щодо розв'язання питань адміністративно-територіального устрою України, є питаннями загальнодержавного значення і врегульовуються лише законом». Це рішення має правотлумачний прецедентний характер, оскільки містить правове трактування змісту ст. 92 Основного Закону України, що надалі може бути використано для юридичної кваліфікації фактів у справах щодо цього конституційного положення, але є вторинним, факультативним щодо джерел права. Цей прецедент завжди розширяє нормативний зміст, хоча можливим є і встановлення певних меж цього розширення [12, с. 13].

Більшість теоретиків права визначають, що саме роз'яснення Верховного Суду та Вищих спеціалізованих судів є узагальненням судової практики із застосування певних норм законодавства, яке, у свою чергу, має харак-

теристики т. зв. «квазіпрецедентного» права. Це пояснюється тим, що вони є обов'язковими для нижчих судів і опосередковано обов'язковими – для всіх суб'єктів правовідносин, котрі застосовують норми права, стосовно яких була узагальнена судова практика у формі роз'яснень [6, с. 528]. На думку С.П. Погребняка та С.В. Шевчука, формулювання Верховним і Вищими спеціалізованими судами відповідних правоположень є проявом здійснення правотворчої функції суду, яка, безумовно, не є основною, а лише доповнює правозастосовну та інтерпретаційну [5, с. 99; 6, с. 333]. Підтвердженням цієї тези є чинні норми українського законодавства, що забезпечують єдність та узгодженість судової практики, а також однакове застосування судами законодавства в Україні.

Так, відповідно до:

1) п. 10¹ та 10² ч. 2 ст. 46 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Пленум Верховного Суду з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ узагальнює практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизує та забезпечує оприлюднення правових позицій Верховного Суду з посиланням на судові рішення, у яких вони були сформульовані; за результатами аналізу судової статистики й узагальнення судової практики надає роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ [15, ст. 46];

2) ч. 1 ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського Суду як джерело права [16, ст. 17];

3) ст. 263 Цивільного процесуального кодексу України при виборі та застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановках Верховного Суду [17].

Але на практиці суди нижчої судової інстанції ігнорують відповідні рішення Верховного Суду, що призводить до відповідних позивних заяв відповідним колегіям суддів Верховного Суду України. Так, у постанові ВС у справі № 759/13033/14-а від 27 лютого 2020 р. [18] суд задовольнив вимоги позивача щодо зобов'язання здійснення перерахунку призначеної державної соціальної допомоги та визнання неправомірною бездіяльності, визнання рішення незаконним, з огляду на невиконання судом своїх процесуальних обов'язків, затвердження рішенням ВС від 26 грудня 2019 р. у справі № 724/716/16-а, у якій суд касаційної інстанції зазначив, що визначення відповідачів, предмета та підстав спору є правом позивача [19]. Натомість суд повинен був вирішити питання про залучення до участі у справі належного відповідача чи співвідповідача, чого зроблено не було, і судом було відмовлено у задоволенні позову з підстав неналежності відповідача, не обговоривши попередньо це питання зі сторонами й рішення суду визнане незаконним через порушення процесуальних вимог.

Що стосується «негативної правотворчості», то вона теж є формою правової діяльності судів. Вона має таку, на перший погляд нелогічну, назву через те, що не тягне за собою створення нових нормативно-правових актів, а тільки скасовує ті, які не відповідають Конституції чи іншим законодавчим актам, завдяки чому відбувається побудова системи законодавства шляхом її реконструкції. Так, Рішенням КСУ у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засади державної мовної політики» № 2-р/2018 від 28 лютого 2018 р. визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), Закон України «Про засади державної мовної політики» від 3 липня 2012 р. № 5029-VI (зі змінами) [20].

Висновки. На основі проведеного дослідження можемо відзначити таке:

1) судова практика є джерелом права, що має свою специфіку, характеризується особливими ознаками та слугує важливим регулятором поведінки суб'єктів права;

2) судова практика відіграє неоднакову роль у різних правових системах сучасності. Однією з ключових ознак англо-американської правової сім'ї є визнання первинності й обов'язковості рішень суддів, які іменуються прецедентами. Водночас, як і у романо-германській системі, суддівська правотворчість є вторинною. Хоча в умовах глобалізації та розвитку інтеграційних процесів спостерігається взаємопроникнення правових систем. Так, у країнах, для яких характерним є прецедент, збільшується питома вага статутного права, а в континентальній правовій сім'ї підвищується роль прецеденту;

3) не варто плутати судову практику із судовим прецедентом. Хоча між ними є і певні спільні риси, але після проведення порівняльної характеристики можна побачити, що прецедент є одиничним, конкретним, а судова практика – це фактично результат узагальнення сукупності рішень в одноманітних справах;

4) саме якість правосуддя є визначальним фактором у віднесенні держави до зразкових демократій. Вагомим чинником покращення української правової системи є офіційне визнання практики Європейського суду джерелом права України. Нині існує нагальна необхідність сприяти подальшому активному розвитку судової практики, яка стає джерелом права, коли в нормативно-правових актах містяться прогалини, їхній зміст є неоднозначним і суперечливим.

ЛІТЕРАТУРА

- Петришин О.В. Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії. *Юридичний журнал «Право України»*. 2016. № 10. С. 20–27.
- Борщевський І.В. Судова практика як джерело права в Україні *Наука і правоохорона*. 2014. № 2. С. 71–77.
- Мазур М.В. Судова практика як джерело права: проблема визначення поняття. *Форум права*. 2011. № 3. С. 493–497 URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2011_3_81.
- Вишновецька С., Іваницька Т. Судова практика та її роль у розвитку трудового законодавства України. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 7. С. 87–91.
- Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо- германській правовій сім'ї. *Вісник Акад. прав. наук України*. 2003. № 4 (34). С. 92–99.
- Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ, 2007. 640 с.
- Дашковська О.Р. Судовий прецедент і судова практика як джерела права. *Вісник Акад. прав. наук України*. 2011. № 1. С. 34–41.
- Слотвінська Н.Д. Судова практика як джерело права : дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2008. С. 203.
- Алексеев С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. Москва : Статут, 1999. 712 с.
- «В законодавстві України не закріплено поняття прецедент, однак це не означає, що де-факто його не існує». *Судова влада України* : веб-сайт. URL: <https://court.gov.ua/press/news/659343/> (дата звернення: 04.03.2019).
- Прийма С.В. Роль судді в розгляді важливих справ: тлумачення чи правотворчість. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. Харків : Право, 2008. № 15. С. 176–185.
- Луць Л.А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України. *Вісник Центру суддівських студій*. 2006. № 6. С. 9–15.
- Шевчук С.В. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту. *Право України*. 2000. № 2. С. 45.
- Уварова О.О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика : монографія. Харків : «Друкарня МАДРИД», 2012. 196 с.
- Про судоустрій та статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19> (дата звернення: 27.03.2020).
- Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15> (дата звернення: 27.03.2020).
- Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV (ред. від 13.02.2020). ст. 263. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 28.03.2020).
- Постанова Верховного Суду України у справі № 759/13033/14-а (2а/759/391/14) від 27 лютого 2020 р. Єдиний державний реєстр судових рішень : веб-сайт. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua> (дата звернення: 27.02.2020).
- Постанова Верховного Суду України у справі № 724/716/16-а від 26 грудня 2019 р. Єдиний державний реєстр судових рішень : веб-сайт. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua> (дата звернення: 26.12.2019).
- Рішення Конституційного Суду України № 2-р/2018 від 28 лютого 2018 р. URL: <http://www.ccu.gov.ua/novyna/uhvaleno-rishennya-konstytucijnogo-sudu-ukrayiny-no-2-r-2018-1> (дата звернення: 21.12.2019).