

СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА В УКРАЇНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

JUDICIAL PRACTICE AS A SOURCE OF LAW IN THE UKRAINIAN LEGAL SYSTEM

Гончаров В.О., студент II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Завгородня А.С., студентка II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Точій А.О., студентка II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Судова влада виступає одним з важелів творення соціальної демократичної держави. Характерною ознакою такою держави є – верховенство права, його панування в суспільстві. Досягнути його можна за допомогою ефективного національного законодавства, що є результатом правотворчості уповноважених на те суб'єктів державної влади. Проте в сучасній правовій системі України набуває обертів нове явище таке, як правотворчість органів судової влади, що свідчить про те, що функція правосуддя не є єдиною для судової гілки влади. Результатом судової правотворчості є судова практика, вона має суперечливий характер. З одного боку, це пов'язано з тим, що органи судової влади не наділені повноваженнями створювати норми права відповідно до законодавства, а з іншого, судові акти мають яскравий правотворчий характер. Окрім того, що немає чіткого законодавчого закріплення внутрішньодержавної судової практики, так ще й виникають питання щодо використання судової практики наддержавних юрисдикційних органів, зокрема Європейського суду з прав людини. Актуальним в правовій доктрині є питання про місце судової практики як джерела (форми) права України, а саме - первинний чи вторинний, обов'язковий або переконливий характер застосування вона має, роль усталеної практики та інші важливі питання. Вагоме значення судової практики, першочергово, пов'язано з тим, що національне законодавство не є досконалим, закони не завжди мають ідеальну норму вирішення непередбачених суспільних відносин, у ньому є прогалини, які варто усунути, а поки уповноважені на те органи цього не зробили, то органи судової створюють еталони вирішення справ, виступають засобом подолання прогалин в законодавстві. У статті детально досліджено місце судової практики в українському законодавстві, доктрину «усталеної судової практики», розглянуто поняття судової правотворчості. Зроблено ряд висновків, зокрема щодо фактичної обов'язковості судової практики як джерела (форми) права.

Ключові слова: судова практика, судова правотворчість, доктрина усталеної практики, суд, практика, джерело права.

The judiciary is one of the levers of creating a social democratic state. A characteristic feature of such a state is - the rule of law, its dominance in society. It can be achieved through effective national legislation, which is the result of law-making by authorized public authorities. However, in the modern legal system of Ukraine, a new phenomenon is gaining momentum, such as the law-making of the judiciary, which indicates that the function of justice is not unique to the judiciary. The result of judicial lawmaking is judicial practice, it is contradictory. On the one hand, this is due to the fact that the judiciary is not empowered to create rules of law in accordance with the law, and on the other hand, judicial acts have a clear legislative nature. In addition to the lack of a clear legal framework for domestic jurisprudence, there are also questions about the use of the jurisprudence of supranational jurisdictions, in particular the European Court of Human Rights. Relevant in the legal doctrine is the question of the place of judicial practice as a source (form) of Ukrainian law, namely - primary or secondary, mandatory or persuasive nature of its application, the role of established practice and other important issues. The importance of case law is primarily due to the fact that national legislation is not perfect, laws do not always have an ideal norm for resolving unforeseen social relations, there are gaps that need to be addressed, and until the authorities have done so, then the judiciary creates standards for resolving cases, acts as a means of overcoming gaps in legislation. The article examines in detail the place of judicial practice in Ukrainian legislation, the doctrine of "established judicial practice", the concept of judicial lawmaking. A number of conclusions have been drawn, in particular on the actual binding nature of judicial practice as a source (form) of law.

Key words: judicial practice, judicial law-making, doctrine of established practice, court, practice, source of law.

Українській правовій системі характерне, те що вона вбирає все найкраще, що є в досвіді європейських країн, винятком не є судова практика.

В Україні судова практика розглядається в широкому та вузькому значенні. У широкому розумінні судова практика включає всю діяльність судових органів, що відображається в прийнятих судових актах [1, с.495]. Зокрема, прихильником такого підходу є С. Погребняк, що вбачає під судовою практикою різновид юридичної практики, що складається з правозастосовної, інтерпретаційної та правотворчої діяльності судів, яка в кінцевому результаті спрямована на створення певних юридичних фактів [2, с.93]. У вузькому значенні судова практика пов'язується з практичною діяльністю судових органів з прийняття лише тих рішень, які містять правові положення [1, с.496].

Д. Ю. Хорошковська розглядає судову практику як єдине ціле, що включає як діяльність судів, так і її результати, що в решті-решт закріплені в нових правоположеннях, вироблених судовими органами та закріплені в рішеннях конкретних справ та/чи актах, що складаються з кількох однотипних судових справ[3, с.8].

Таким чином судова практика - це рішення судів, що не створюють норми права, а виробляють прийоми, способи вирішення юридичних справ на підставі існуючих.

Основною функцією судової практики є правозастосовна, тобто вирішення юридичних справ на основі норм права, а також приєднання нових елементів – владно-індивідуальних приписів. Сказане дає змогу зробити висновок, що судова практика спрямована реалізувати та конкретизувати норми права з урахуванням тієї чи іншої конкретної ситуації [2, с. 93].

Б. Малишев виділяє такі ознаки судової практики, по-перше, це суб'єктний різновид юридичної практики, а по-друге, 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 [4, с.26].

Співвідношення судової практики та судового прецеденту повинно здійснюватися в контексті розуміння змісту поняття «судова практика». Так як судова практика роз-

глядається в широкому та вузькому значенні, то в широкому розумінні судова практика включає всю діяльність судових органів, що відображається в прийнятих судових актах, у тому числі судових прецедентах, прецедентній практиці [1, с.495]. У вузькому значенні судова практика передбачає вирішення судових справ, створення правових можливостей [1, с.496]. Тому більшість у правовій доктрині розглядають судовий прецедент у широкому розумінні, як елемент судової практики, проте необхідно зауважити, що не можна їх повністю ототожнювати, бо судовий прецедент є лише підпорядкованим по відношенню до судової практики.

Спільними ознаками судового прецеденту та судової практики виступає те, що обидва є результатами правотворчості судів, а не законодавчих органів; формуються при здійсненні правосуддя, переважно при правозастосовній та правотлумачній діяльності; підтримується діяльністю виконавчих органів у сфері реалізації судових рішень; результати обох залежать від юридичних фактів, встановлених у судовому засіданні.

Першою і найголовнішою відмінною рисою є те, що судовий прецедент формується на основі одного судового рішення, тоді як судова практика – на базі декількох рішень в одній категорії справ. Судовий прецедент передбачає норму права та конкретний приклад використання цієї норми права [5, с. 36].

Варто зауважити, що судові прецеденти можуть створювати загальнообов'язкові правила, але ці рішення в загальному праві будуються за відмінною структурою, ніж судова практика. У судовому прецеденті нове правило міститься в *ratio decidendi*, воно має застосовуватися або у вертикальній дії, або в горизонтальній дії прецедентного права при вирішенні аналогічної справи [5, с. 37].

Окрім цього, зовнішньою формою судового прецеденту є конкретне судове рішення, тоді як судова практика позбавлена такого виду [5, с. 37]. Специфічними результатами судової практики є нові правові положення, що полягають в усуненні прогалин у праві, прецеденту тлумачення та судового прецеденту [6, 128]. Зазвичай прояви судової практики можна побачити у постановах пленуму Верховного Суду, рішеннях Верховного Суду, інформаційних листах Вищих судів.

У судовій практиці, на відміну від судового прецеденту, повинна бути присутня єдність, усталеність, тобто повинен бути довгий ланцюг з різних справ одного типу, при якому рішення обґрунтовується однаково різними суддями [7, с.5].

У європейських країнах акти судової влади називаються усталеною судовою практикою, а не судовим прецедентом. Ці поняття відбивають один феномен судової правотворчості, але за різних історичних та соціальних умов [5, с.38].

Таким чином, в залежності від трактування поняття «судова практика», судовий прецедент може розглядатися як підпорядковане поняття до судової практики, так як останнє включає в широкому розумінні всю діяльність судів, у тому числі й створення судових прецедентів. Однак, не можна ототожнювати судовий прецедент та судову практику, так як ці категорії є різними за своїм змістом, попри те, що мають певні спільні ознаки.

В Україні судова практика передбачена законодавством, наприклад, п.4 ч.4 ст.17 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» містить інформація, що «єдність системи судоустрою забезпечується єдністю судової практики». Зокрема в п.2 ч.1 ст.32 говориться, що «Вищий спеціалізований суд» аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику, інформує про результати узагальнення судової практики Верховний суд»; в ч.1 ст.36 зазначено, що «Верховний суд ... забезпечує сталість та єдність судової практики» [8, с.12, с.19, с.20].

Судова практика може набувати як обов'язкового характеру, так і необов'язкового (переконливого) характеру.

В Україні практика ЄСПЛ визнана на законодавчому рівні, у користь цього судження можна навести наступні нормативно-правові приписи: у п.1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» у 1997 році було закріплено, що на території України повністю визнається дія ст.46 Конвенції щодо обов'язкової і без укладення спеціальної угоди юрисдикції Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції [9]; відповідно до ст.17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [10]. Таким чином, рішення ЄСПЛ можна розглядати як один із засобів захисту невідчужуваних прав людини і громадянина, закріплених і гарантованих у Конвенції; відповідно до ст.9 Конституції України, як частину національного законодавства [11]. В останні десятиліття у правовій доктрині нашої держави розвиваються погляди щодо використання прецедентних рішень ЄСПЛ як вторинного джерела права. Крім цього, в ч.4 ст.55 Конституції України передбачено, що кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна» [11], тобто незважаючи на те, що рішення ЄСПЛ виступають як субсидіарне джерело, але вони будуть остаточними у сфері, що регулює Конвенція, і його повинні дотримуватися національні юрисдикційні органи. Більшість судів використовують практику ЄСПЛ, з метою усунення прогалин національного законодавства, а також пристосувати законодавство та судову владу до європейських рішень-стандартів.

Рішення Конституційного Суду України є також обов'язковими до виконання, це зазначено в ст.69 Закону України «Про Конституційний Суд України» [12].

Роз'яснення Верховного Суду України та Вищих спеціалізованих судів не можна назвати класичним прецедентом з точки зору доктрини судового прецедента. Роз'яснення Верховного Суду України є узагальненнями судової практики із застосування певних норм законодавства, а не мотивацією суду при вирішенні конкретної справи, яка має обов'язкове значення. Проте це не означає, що роз'яснення не є джерелами права, в яких не містяться нові правоположення [1, с.528].

Але згідно з п.10¹ ч.2 ст.46 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» постанови Пленуму Верховного Суду мають «рекомендаційний характер з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ» [8]. Проте на практиці можна спостерігати, що суди нижчих інстанцій часто застосовують практику Верховного Суду, що свідчить про її фактичну обов'язковість, це зумовлено тим, що суди побоюються того, що судові рішення може бути скасовано вищою судовою інстанцією.

Рішення Верховного Суду, Вищих спеціалізованих судів є еталонними для нижчих судів при прийнятті рішень в конкретній справі. Фактична обов'язковість сприяє забезпеченню принципу справедливості, зниженню випадків можливого неправильного застосування норм права, що зашкодить правам і свободам людини та громадянина.

Верховний суд та Вищі спеціалізовані суди здійснюють контроль за правильним та своєчасним розглядом справ, спрямовують судову практику і тим самим виправляють помилки судів першої та апеляційної інстанції, а отже забезпечують однакове і правильне застосування судами норм матеріального та процесуального права.

Відповідно рішення ЄСПЛ, Верховного Суду, Вищих спеціалізованих судів є еталонними для нижчих судів при прийнятті рішень в конкретній справі. Фактична обов'язковість сприяє забезпеченню принципу справедливості, зниженню випадків можливого неправильного застосування норм права, що зашкодить правам і свободам людини та громадянина.

У правових системах сучасності існують різні доктрини, що закріплюють обов'язковий характер прецедентного права. Так в англо-саксонській правовій сім'ї це доктрина *stare decisis*, відповідно до якої, судді при вирішенні справ використовують раніше прийняті прецедентні рішення, на протигагу в романо-германській правовій сім'ї панує доктрина *jurisprudence constante* – усталеної судової практики [1, с.396]. Так як, Україна тяжіє до романо-германської правової сім'ї, то вважаю за потрібне розібратися в розумінні доктрини «усталеної судової практики».

Доктрина «усталеної судової практики» передбачає сукупність судових рішень, які можуть бути використані в майбутньому при розгляді аналогічних справ, але є джерелом (формою) права не через обов'язковість дотримуватися прецеденту судами, а в силу переконливості правильної інтерпретації норми права [7, с.5].

На практиці можна спостерігати, що в країнах романо-германської правової сім'ї судові рішення не є офіційним джерелом права, але при цьому судові рішення розглядаються як додатковий, переконливий засіб інтерпретації законодавства, незважаючи на те, що судді не зобов'язані слідувати судовій практиці, але роблять це через її переконливість та побування, що судові рішення можуть бути оскаржені у вищій інстанції [1, с.396].

Відповідно до доктрини «усталеної судової практики» суд може використовувати попередні судові рішення лише тоді, коли буде виконано певні умови. Першочергово, це повинно бути не одиначне рішення, а їх має бути декілька, тільки тоді судова практика буде зв'язана. Якщо в англо-саксонській судової практика формується на основі лише одного рішення, то в континентальній системі права на базі сукупності узгодженої судової практики. По-друге, повинна бути присутня єдність, усталеність, тобто повинен бути довгий ланцюг з різних справ одного типу, при якому рішення обґрунтовується однаково різними суддями [7, с.5].

Доктрина усталеної судової практики має рекомендаційний характер, це пов'язано з тим, що в романо-германській правовій сім'ї діє принцип незалежності суду і підпорядкування його лише закону. Використання «усталеної судової практики» забезпечує впевненість суб'єктів справи на певні рішення, враховуючи судову практику при вирішенні аналогічних справ, скорочує час судового процесу за рахунок наявності готового рішення, або ж надає більше часу судді розібратися детальніше з фактами, що мають певні відмінності від прецеденту [7, с.6-7].

Отже, усталена судова практика хоча і не визнана формально в Україні, але на практиці використовується. Вона є еталоном, орієнтиром при вирішенні конкретних справ, засобом вирішення складних справ, подолання прогалин в законодавстві. Саме усталена практика сприяє формуванню правової, соціальної держави, забезпечує єдність судової та національної правової системи загалом.

Слід порушити питання про судову правотворчість. Під останньою розглядаються судові рішення, у яких відбувається зміна змісту норми права, що закладений законодавцем, шляхом тлумачення цих норм [1, с.9]. Судова правотворчість розрахована на захист основоположних прав людини, тому суддя при вирішенні справи виходить не лише з норми права, а й принципів справедливості, рівності, розумності, пропорційності.

Важливість судової правотворчості полягає у тому, що саме вона: забезпечує однаковість вирішення справ та усталену судову практику; обмежує дискреційну владу суддів, бо при винесенні рішенні матимуть керуватися певними правовими стандартами; уточнює та тлумачить норми права, позбавляє тим самим їх неоднозначного розуміння; полегшує роботу суддів та економить час під час відправлення правосуддя; сприяє забезпеченню принципу правової визначеності; дає можливість гнучкому застосуванню норм права, завдяки їх деталізації; сприяє рівності сторін у справі через однакове трактування для всіх інстанцій норм права [1, с.33-34].

Основним проявом судової правотворчості є прецеденти тлумачення що спрямовані на адаптацію, конкретизацію норми права, заповнення прогалин в праві. Прецедент тлумачення має наступні ознаки: має переконливий характер, розглядає відповідність смислу норми права основним принципам права, виникає лише при неодноразовому застосуванні його в аналогічних справах; має зовнішню форму у вигляді опублікування [1, с.267]. Прецедент тлумачення хоча є казуальним та він офіційно діє в конкретній справі, проте фактично, тлумачення для однієї справи не можливе, тому він може використовуватися й для іншої справи [1, с.269].

Окремим феноменом судової правотворчості є «негативна правотворчість», що полягає у винесенні органами судової влади рішень, які скасовують дію юридичної норми, визнаючи їх неконституційними та протиправними [13, с.107]. Негативна правотворчість в Україні проявляється в результатах діяльності Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини, проте саме Конституційний Суд України займає першість, бо лише він як єдиний орган конституційної юрисдикції розглядає справи про конституційність законів на інших нормативно-правових актів, Конституційний Суд України може повністю скасувати нормативно-правовий акт чи його частину визнавши неконституційним.

Судова правотворчість є важливим аспектом реалізації судової влади, безпосередньо це пов'язано з тим, що цей вид правотворчості забезпечує реалізацію основоположних прав та свобод людини, справедливості суду завдяки конкретизації нормативно-правових актів відповідно до обставин справи, тлумаченню норми права, позбавляючи тим самим їх неоднозначного розуміння.

Таким чином, попри те, що в Україні судова практика виступає як субсидіарне джерело (форма) права, але вона визначається судами вищих інстанцій як еталон, орієнтир при винесенні рішень нижчими судами. Доведено, що судова практика може мати як обов'язковий, так і переконливий характер, але спостерігається фактична обов'язковість, це пов'язано з побуванням судами того, що судові рішення може бути скасовано вищою судовою інстанцією.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Монографія. С. Шевчук. К.: Реферат, 2007. 640 с.
2. Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї. С. Погребняк. Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 4 (34). – С. 92 – 99.
3. Хорошковська Д. Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень». Інститут законодавства Верховної Ради України; Д. Ю. Хорошковська. К., 2006. 20 с.
4. Малишев Б.В. Судова практика: поняття, ознаки, структура. *Часопис Київського університету права*. 2005. № 2. С. 167.
5. Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права. О. Дашковська. Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 1(64). С. 34 – 41.

6. Слотвінська Н. Д. Судова практика та судовий прецедент в системі джерел права. Національний університет "Львівська політехніка", Навчально-науковий інститут права та психології, Кафедра конституційного та міжнародного права. Львів, 2015. С. 126–129.
7. Квятковська Б. І. Особливості судового прецеденту в англо-саксонській та романо-германській правових сім'ях (порівняльний аналіз). Б. І. Квятковська. Теорія і практика правознавства. 2013. Вип. 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_1_3.
8. Закон України «Про судоустрій та статус суддів» станом на 3 вересня 3-19 2018 року. Харків : Право. 126 с.
9. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17.07.1997 р. № 475/97-ВР. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>. Редакція від 13.03.2006 р.
10. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини; Закон України від 23.02.2006 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>
11. Конституція України від 28.06.1996 р. (із змінами і доп.). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>
12. Слотвінська Н. Д. Судова практика та судовий прецедент в системі джерел права. Національний університет "Львівська політехніка", Навчально-науковий інститут права та психології, Кафедра конституційного та міжнародного права. Львів, 2015. С. 126–129.
13. Коритко Л.Я., Юрчишин В.Д. Вплив «негативної» правотворчості Європейського суду з прав людини та Конституційного суду України та трудове законодавство. Л.Я. Коритко, В.Д. Юрчишин. Трудове право, право соціального забезпечення. 2012. - №2. С. 105-113.