

УДК 340.5(477)

Ю.Ю. ПОПОВ, Центр комерційного права

ПРЕЦЕДЕНТНЕ ПРАВО У КОНТЕКСТІ ЗАГАЛЬНО- ОБОВ'ЯЗКОВОСТІ СУДОВИХ РІШЕНЬ ТА УКРАЇНСЬКІ ПЕРСПЕКТИВИ

Ключові слова: прецедент, прецедентне право, усталена судова практика, загальнообов'язковість судового рішення, правова визначеність, єдність судової практики

Термін «прецедент» (від лат. *praecēdēns* – попередній) має багато значень, хоча всі види прецедентів призначені для слідування їм тією чи іншою мірою у судовій практиці. Цей термін використовується, перш за все, у контексті судового прецеденту в англосаксонській правовій сім'ї (країн «загального права»), судового прецеденту у романо-германській правовій сім'ї (країн «континентального права»), переконливого судового прецеденту. Використовується термін «прецедент» також у низці інших випадків. Зокрема, він використовується і для позначення висновків судів з правових позицій: в деяких випадках суди можуть надавати такі висновки у відриві від конкретної справи, не розглядаючи її або за відсутності такої справи взагалі. Наприклад, у Швеції існує можливість для окружного суду звернутись за рішенням у конкретному питанні у справі до Верховного суду, але виключно у разі, якщо сторонами укладено угоду про неоскарження рішення окружного суду [1, с.12]. Інший приклад: дорадчі висновки в США щодо стану права або стосовно конституційності пропонованого заходу (залежно від законодавства того чи іншого штату можуть бути обов'язковими або необов'язковими) [2, с.358].

Роль судового прецеденту як джерела права та механізму забезпечення єдності судової практики так чи інше розглядалась у

роботах Р. Гери, А. Дрішлюка, Д. Кирилюка, Р. Куйбіди, Т. Лесюка, Л. Луць, Б. Малишева, Б. Пошви, С. Шевчука, М. Algero, J. R. Bentham, G. Gilmore, O. Hathaway, K. Knight, E. Maltz, S. Lindquest, K. Llewellyn, A. Markel, E. Re, F. Schauer, G. Slapper, L. Ponoroff та багатьох інших дослідників. Метою цієї статті є здійснення порівняльного аналізу різних видів прецеденту і формулювання на цьому підґрунті напрямків удосконалення ролі судового прецеденту у праві України.

Розглянемо детальніше перші три з перелічених значень терміна «прецедент».

Судовий прецедент в англосаксонській правовій сім'ї.

Рецепція римського права та кодифікація наполеонівської епохи зробили європейське право достатньою мірою визначеним. Натомість в Англії не було ані такої рецепції, ані писаного права у всій його повноті, що й призвело до створення доктрини англосаксонського прецеденту [3, с.34].

У країнах загального права, як відомо, і досі лише частина регулювання встановлюється законами. Натомість правила поведінки здебільшого встановлюються прецедентними рішеннями судів, які мають зворотну силу в часі. При цьому далеко не кожне рішення суду країни «загального права» є прецедентним. Навпаки, переважна більшість рішень, зокрема і вищих судів, не є прецедентними, а відтак і не є обов'язковими для будь-кого, крім сторін у справі.

Спосіб, у який суди країн загального права встановлюють правила поведінки, істотно відрізняється від способу, в який такі правила встановлюються законом у країнах континентального права. Нагадаємо, що норма закону країн континентального права характеризується високим ступенем абстрактності, розрахована на охоплення різноманітних життєвих ситуацій, що підпадають під її гіпотезу.

Рішення суду країн загального права (як і рішення суду країн континентального права)

направлене на вирішення конкретного спору або вирішення питання про застосування покарання до конкретної особи. При цьому, однак, таке рішення суду країн загального права як побічний результат здійснення правосуддя у деяких випадках може створити загальнообов'язкове (у певному сенсі) правило («*binding case*»). Водночас правило створюється не за зразком континентальної норми права (гіпотеза – диспозиція – санкція), а шляхом формулювання аргументації, з якої виводиться певне правило, принцип, підхід («*ratio decidendi*»), застосування якої призвело до вирішення справи тим чи іншим способом за даних конкретних обставин. Рішення, що створює таким чином нове правило, має застосовуватись 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. При цьому порівняння фактичних обставин справ для визначення ступеню «аналогічності» має різне значення у різних країнах – від першорядного (в США) до менш істотного (в Англії) [4, с.1042].

Визначення того, чи є справа «аналогічною» розглянутій раніше, часто є дуже непростим завданням. Також нагальною є і в певному сенсі протилежна проблема: якщо справа видається аналогічною кільком прецедентним рішенням (вірогідність чого зростає пропорційно росту кількості розглянутих справ), то яке з них слід обрати. За висловом відомого американського вченого та розробника законопроектів Гранта Гілмора, коли кількість оприлюднених судових рішень нагадує кількість піщинок на березі моря, прецедентна система не спроможна працювати [4, с.1041].

Непростим є й питання з'ясування правила, що створюється прецедентним рішенням (виводиться з нього). Прецедентні рішення є обов'язковими не в повному обсязі, а лише в частині *ratio decidendi*. Решта прецедентного рішення, зокрема і правові позиції, сформу-

льовані судом «між іншим» (мають назву «*obiter dictum*»), не є обов'язковою. При цьому єдиного загальноновизнаного способу відокремлення *ratio decidendi* від *obiter dictum* не існує [5, с.9], тому таке відмежування може бути нелегким [6, с.90]. Але цим проблеми не вичерпуються. Правило, що виводиться з аргументації прецедентного рішення, може бути тією чи іншою мірою неоднозначним вже тому, що сама аргументація викладається національною мовою, а багатозначність є невід'ємною ознакою будь-якої мови [7, с.365]. Часто буквальний аналіз тексту прецеденту не дає відповіді на питання про зміст норми, яку він містить [5, с.9]. Крім того, може бути неясно, до якого кола відносин слід застосовувати правило, особливо приймаючи до уваги, що рішення формулюється за конкретних обставин справи. Тому прецедентне правило може розумітися вужче чи ширше. Відтак англосаксонський прецедент може потребувати подальшого тлумачення судовою практикою («*What constitutes precedent in a particular case is a flexible concept that is subject to interpretation...*») [8, с.624]), зокрема для визначення того, в яких випадках і якою мірою екстраговане з попереднього судового рішення правило має застосовуватися [9, с.514].

Підхід, схематично описаний вище, базується на доктрині, яка дістала назву «*stare decisis et non quieta movere*», або скорочено «*stare decisis*», що означає «слідування вирішеному раніше». Цей термін не є дуже вдалим, бо може скластися враження, ніби від правил, встановлених прецедентом загального права, неможливо відмовитись або відхилитись у майбутньому, і що ніби інші види прецеденту не передбачають слідування вирішеному раніше. Обидва висновки є помилковими.

По-перше, встановлення прецеденту зовсім не означає, що він буде діяти довічно. Прецедент будь-якого виду може бути подолано. При цьому, на мій погляд, для розуміння прецеденту того чи іншого виду знач-

но важливіше зрозуміти, як він долається, ніж те, як йому слідують. Існують механізми подолання прецеденту загального права, зокрема як шляхом його скасування тією ж інстанцією, що створила прецедент, або вищою інстанцією (*overruling*), так і через так званий «механізм розрізнення» (*tool of distinguishing, technique of distinguishing*), причому останній механізм може застосовуватися і судами нижчих інстанцій. По-друге, будь-які види прецеденту (а не тільки прецедент загального права) призначені для слідування їм у судовій практиці. Втім, невдалість терміна не повинна нікого бентежити, бо термін – це всього лише термін, тобто слово чи словосполучення, що використовується для позначення поняття. Тому термін не може бути правильним чи неправильним, він, суворо кажучи, може бути будь-яким [10, с.6], оскільки з терміна не можна виводити змісту позначуваного терміном поняття (припущення щодо змісту, виведені з терміна, можуть виявитись помилковими).

Слід підкреслити, що важко знайти єдині для всіх країн загального права правила щодо того, коли саме суди мають застосовувати прецедент, а коли можуть відхилитись від нього. Із загальних міркувань зрозуміло, що не можна вимагати від судів неухильно дотримуватись вирішеного раніше, бо інакше була б справедливою сатира Джонатана Свіфта: «В этом судейском сословии установилось правило, что все однажды совершенное может быть законным образом совершено вновь; на этом основании судьи с великою заботливостью сохраняют все старые решения, попирающие справедливость и здравый человеческий смысл. Эти решения известны у них под именем прецедентов; на них ссылаются как на авторитет, для оправдания самых несправедливых мнений, и судьи никогда не упускают случая руководствоваться этими прецедентами» [11, с.125; 12].

У 1966 році в Палаті лордів (вищій судовій інстанції) лордом Гардінером було сфор-

мульовано висновок про те, що «неухильне дотримання прецеденту може призвести до несправедливого вирішення певних справ, а також не виправданого обмеження розвитку права». З того часу Палата керується правилом про можливість не дотримуватись прецеденту, коли це буде доречно («*when it appears right to do so*»), але така можливість офіційно визнана лише за Палатою. Зрозуміло, однак, що якщо неухильне дотримання прецеденту може призвести до несправедливого вирішення справ вищою судовою інстанцією, то така сама небезпека існує і в разі неухильного дотримання прецеденту будь-якою іншою судовою інстанцією, що неприпустимо. Тому й не дивно, що відданість неухильному дотриманню прецеденту (так звана доктрина «жорсткої *stare decisis*» - «*strict stare decisis*», «*rigid stare decisis*», «*rigid adherence to precedent*») насправді є скоріш декларацією, ніж практичним підходом. Втім, у сучасних правових системах доктрина судового прецеденту не є дуже жорсткою [2, с.38]. Зокрема, Карл Левелін (Karl Llewellyn) виділяв 12 шляхів уникнення застосування прецеденту [13, с.77-91]. Звичайною практикою є незастосування судами прецедентів, навіть очевидних, за допомогою механізму розрізень, виходячи з того, що кожну справу можна відрізнити від іншої чи то за предметом, чи то за фактами [14, с.1163], що, на думку Е. Мальтца, відомо кожному студенту [15, с.371]. Найбільш жорсткого, «загальнообов'язкового» прецеденту – вертикального – за відвертим висловом одного з дослідників слід або дотриматись, або його відрізнити [16, с.593]. Суди зазвичай наважуються відхилитись від прецеденту, якщо вважають, що він застарів, не відповідає новим потребам суспільства, якщо застосування прецеденту призвело би до небажаних результатів, або якщо дійдуть висновку про його помилковість [17, с.786]. Водночас певна умовність «загальнообов'язковості» англосаксонського прецеден-

нту призводить до того, що такі прецеденти мають різну «вагу» - прецедент, що був неодноразово підтверджений, вважається «вагомим» за той, що підтверджувався рідше чи не підтверджувався надалі взагалі. Ця властивість різної «ваги» нагадує становлення усталеної судової практики за доктриною *jurisprudence constante*.

Іноді висловлюється думка, ніби англосаксонський прецедент порівняно з континентальним забезпечує більш високий рівень правової визначеності, передбачуваності рішення суду у спорі. Це не так. Принципова непередбачуваність англосаксонського прецеденту через іманентну зворотню дію у часі була помічена ще на межі XVIII та XIX століть англійським вченим Джеремі Бентамом (Jeremy Bentham), який порівняв встановлення правил англосаксонським прецедентом із встановленням правил хазяїном для свого собаки: «коли ви бажаєте відучити собаку щось робити, ви чекаєте, доки собака це зробить, і тоді б'єте його за це» (так зване «собаче право» – «dog-law») [18, с.33; 19, с.54]. Крім того, завжди існує ймовірність, що суд при розгляді справи відхилиться від правила, встановленого англосаксонським прецедентом, або навіть, що прецедент буде скасовано чи буде створено новий. Отже, можна лише з певним ступенем вірогідності передбачити, яке саме судове рішення буде винесено у спорі. Через це багато вчених з країн загального права дуже критично ставляться до правової визначеності англосаксонського прецеденту, а дехто навіть доходить висновку, що «*stare decisis* вдаряє з передбачуваністю блискавки» [20, с.1160].

Зазначений спосіб формування прецедентного (в описаному вище значенні) права вплинув і на спосіб викладення текстів норм у законах країн загального права, які не відповідають відомому [21, с.28] континентальному принципу законодавчої економії, відрізняються значно більшою казуальністю, ніж норми країн континентального права, завдя-

ки чому потребують постійного доповнення прецедентними рішеннями.

Аналогів прецедентним рішенням в описаному вище значенні у країнах континентального права немає і бути не може. Причиною є принципова різниця у підходах правових систем: у країнах загального права використовується метод індукції – від окремого до загального, в той час як у країнах континентального права використовується метод дедукції – від загального до окремого [22, с.417–418]. Звідси й якісна різниця між співвідношенням закону та судової практики: у континентальному праві судова практика «додає» до закону, а у загальному праві навпаки: закон «додає» до судової практики. Тому, не дивлячись на збільшення законодавчого матеріалу та відмову від неухильного дотримання прецеденту у країнах загального права та підвищення правотворчої функції судів у країнах континентального права, роль законодавчих і судових органів у зазначених правових системах може скільки завгодно зближуватись, але ці два підходи не можуть бути ототоженні, доки існує зазначена різниця між співвідношенням закону та судової практики. Відповідно й судові прецеденти у цих правових системах істотно відрізняються і не можуть бути зведені один до одного.

Хотілося би нагадати, що такий видатний вчений, як Карл Левелін, головний розробник і натхненник Уніфікованого комерційного кодексу США (UCC – Uniform Commercial Code), коментуючи співвідношення судової практики та закону, зазначав таке: «з прийняттям закону судова практика забезпечує заповнення прогалин та інтерпретацію – бо є юридичним трюїзмом те, що ніхто не знає, що саме закон значить, доки суди не витлумачать його» [23, с.199]. Як бачимо, ідея Левеліна щодо ролі судової практики у США нагадує таку роль у країнах континентального права. Водночас очевидним є те, що ідея Левеліна, не дивлячись на його величезний

авторитет, і досі не стала загально визнаною у США. Це й не дивно, бо за такого підходу немає місця англосаксонському прецеденту, який глибоко укорінився у правовій культурі цієї країни. Крім того, для скасування англосаксонського прецеденту необхідно спершу створити законодавство, що відповідало б дуже високим вимогам континентального права, зокрема в частині філігранної юридичної техніки. Можливо, не дарма сучасники підозрювали Левеліна у бажанні створити кодекс за зразком кодексів країн континентального права, зокрема вбачали німецький вплив [24, с.171], але можна впевнено констатувати, що якщо такий намір був, то реалізувати його не вдалося. Це не викликає подиву, бо Левелін, хоч і вивчав континентальне право в Європі, все ж був продуктом американської правової культури. Цей приклад доводить, що замінити один вид прецеденту іншим – вкрай складна справа. В будь-якому разі цього не можна робити «кавалерійським наскоком», такі «вівісекції» неприпустимі. Право має розвиватись поступово.

Судовий прецедент у романо-германській правовій сім'ї.

Під судовим прецедентом у романо-германській правовій сім'ї розуміється інститут усталеної судової практики (*jurisprudence constante*), який є інструментом правотворчості судів країн континентального права.

Суди країни континентального права за усталеним уявленням не можуть прецедентом створювати норми права. Але правотворення не обмежується встановленням текстів норм, а включає в себе і інтерпретацію, тлумачення закону [25, с.36]. Йдеться, звичайно, не про так зване «офіційне тлумачення» (яке, на жаль, вправі сьогодні давати Конституційний Суд України), 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 загальноживаною – усталеною, можна казати 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» [26, с.17]), то можна зробити висновок, що встановлення правила поведінки не слід зводити до словесної форми закону, а слід включати до цього поняття і тлумачення. З цього випливає правотворча функція усталеної судової практики. Тому усталена судова практика є джерелом права країн романо-германської правової сім'ї, зокрема України.

Такий самий механізм працює і при заповненні судами прогалін у законодавчому регулюванні, доки вони не будуть заповнені законодавцем. При цьому законодавець, враховуючи наявність усталеної судової практики, може закріпити у законі підхід, сприйнятий такою практикою, або ж запропонувати свій, більш досконалий спосіб [27, с.18].

Істотною відмінністю континентального прецеденту від англосаксонського є те, що останній може бути створений одним судовим рішенням, в той час як континентальний прецедент створюється більш демократично – завдяки появі низки судових рішень [28, с.1165], тобто не нав'язується «зверху», а виникає якщо не внаслідок консенсусу [29, с.28], то принаймні внаслідок сприйняття правової позиції значною частиною юридичної спільноти.

Механізм створення прецеденту усталеною судовою практикою не передбачає будь-якої офіційної фіксації (окрім фіксації за допомогою різних словесних формулювань у численних судових рішеннях, обов'язкових лише для сторін у справі), а тому є досить гнучким для того, щоб реагувати як на зміну законодавства, так і на розвиток доктрини. Дослідники сходяться на тому, що прецедент

за доктриною *jurisprudence constante* є вочевидь більш гнучким, ніж прецедент за доктриною «*stare decisis*» [30, с.593], що, мабуть, пояснюється формалізованістю останнього.

Звичайно, слідування доктрині *jurisprudence constante*, як і слідування доктрині *stare decisis*, не дає можливості забезпечити повної правової визначеності, стовідсоткової передбачуваності судових рішень. Втім, не слід і намагатися досягти повної правової визначеності, бо така визначеність стала б на заваді розвитку права. Дійсно, існує діалектичне протиріччя між правовою визначеністю і розвитком права [9, с.509]. Насправді є потреба у певному розумному ступеню правової визначеності, не більше. З цим завданням справляються обидві доктрини. Водночас завдяки тому, що у країнах континентального права регулювання всеохоплююче здійснюється законодавством, яке не може бути скасоване судовим рішенням¹, то, на мій погляд, це є аргументом на користь вищого рівня правової визначеності у таких країнах (принаймні за умови наявності сталого якісного законодавства) порівняно з країнами загального права. Звичайно, рівень правової визначеності у країнах континентального права знижується, якщо погіршується якість законодавства – як це і спостерігається наразі у праві України. Втім, вже з такого формулювання проблеми впливає єдиний адекватний спосіб її вирішення, яким би важким він не видавався: треба подбати про підвищення якості законодавства. В першу чергу слід істотно покращити роботу Верховної Ради України, зокрема припинити практику оцінки її роботи за кількістю прийнятих законів, позбавитись впливу популістських

¹ Рішення Конституційного Суду України, якими скасовуються закони шляхом «визнання їх такими, що не відповідають Конституції», вочевидь не є судовими рішеннями, а є рішеннями «негативного законодавця». До того ж такі рішення, на відміну від прецедентів, не мають зворотної сили у часі.

мотивів. Як цього досягти – окрема складна тема, але іншого (простого та швидкого) виходу немає.

Слід підкреслити, що континентальний судовий прецедент виявився і більш універсальним, ніж прецедент «загального права». Дійсно, доктрина *stare decisis* не застосовується і не може застосовуватись для здійснення судової правотворчості при застосуванні міжнародних договорів різними національними судами [31, с.882]. Наразі серед вчених широко поширеною [32, с.549] є точка зору, що афористично сформульована лордом Денінгом (Alfred Denning): «міжнародне право не знає *stare decisis*» [33], а роль судових рішень у таких справах є схожою з роллю судових рішень за доктриною *jurisprudence constant* [34, с.196; 35, с.479]. Наявність нечисленних випадків, коли окремими (здебільшого американськими) юристами висловлюється інша точка зору, пояснюється, скоріш за все, недостатньою обізнаністю з сучасним континентальним правом. Так, один із авторів вважає, що у міжнародному праві практикою прийнята «фактична» *stare decisis* [36, с.3; 37, с.889], маючи на увазі тенденцію судів слідувати вирішеному раніше, та пропонує перетворити «фактичну» *stare decisis* на «юридичну». Така точка зору свідчить про нерозуміння механізмів дії прецеденту романо-германської правової системи (що поєднується із зневажливим ставленням і культурним несприйняттям, від якого згаданий автор відхрещується) та інших видів прецедентів, які не передбачають будь-яких форм обов'язковості. Тому такі автори і вигадують нові назви для явищ, що добре відомі як усталена судова практика та переконливий прецедент, а також намагаються розгледіти єдину добре знайому їм доктрину, а саме *stare decisis* (хоча б і з застереженням «*de facto*»), в інших правових феноменах, що і призводить до дежавю.

Хотілося б звернути увагу на те, що механізм створення прецеденту усталеною судо-

вою практикою є саморегульованим і не потребує жодного закріплення у законодавстві – так само, до речі, як і механізм створення прецеденту в англосаксонській правовій сім'ї та механізм переконливого прецеденту (з чого, зокрема, випливає помилковість відповідних законодавчих ініціатив).

Переконливий прецедент.

У країнах обох правових сімей існує і спільний для них вид прецеденту – так званий переконливий прецедент (*persuasive precedent*): окремі судові рішення, які самі по собі не створюють прецеденту ані в англосаксонському, ані в континентальному значенні, тим не менше з огляду на авторитетність суду, що їх прийняв, істотно впливають на практику інших судів, хоча і не є обов'язковими для них. Зокрема, прецедент, створений судом нижчої інстанції, може мати значення переконливого прецеденту для суду вищої інстанції. Переконливий прецедент може створюватись і рішенням іноземного суду та впливати на практику національного суду, що особливо поширено у країнах загального права. Важко переоцінити і роль переконливого прецеденту при застосуванні міжнародних договорів різними національними судами, де англосаксонський прецедент не може застосовуватись, оскільки, як зазначено вище, «міжнародне право не знає *stare decisis*». Тому застосування переконливих прецедентів, а також їх модифікація чи відхилення від них в інших переконливих прецедентах стають першими кроками перед тим, як роль судових рішень у таких справах стає схожою з роллю судових рішень за доктриною *jurisprudence constante*.

У країнах континентального права переконливими прецедентами є окремі рішення вищих судів, які створюють підґрунтя для подальшого формування усталеної судової практики.

Зокрема, і рішення Верховного Суду України (ВСУ) та вищих спеціалізованих судів України мають силу переконливого пре-

цеденту. Дійсно, кожний суддя, якому відома правова позиція вищої судової інстанції з того чи іншого питання, не може не приймати її до уваги, як виходячи з авторитетності вищої судової інстанції, так і з огляду на можливе оскарження та скасування його рішення [38, с.1668]. Водночас ситуація, за якої суддя, наприклад, першої інстанції, не погоджується з позицією ВСУ, приймає своє рішення всупереч цій позиції, ризикуючи наступним скасуванням свого рішення, є нормальною, такою, що відповідає Конституції, і, більше того, є необхідною. Без цього судова практика не зможе нормально розвиватись. Звичайно, від таких випадків слід відрізняти випадки, коли суддя у різних справах замість послідовного дотримання певної правової позиції (хоча б і такої, що суперечить позиції ВСУ) довільно змінює її – таке скоріш за все свідчить або про низьку кваліфікацію, або про вплив на діяльність судді корупційних чинників і прийняття ним свідомо неправосудних рішень. За такі дії слід притягувати суддів до відповідальності, чого наразі якраз і бракує.

Якщо ж суддя, погоджуючись з правовою позицією ВСУ, приймає своє рішення у відповідності до такої позиції, то він робить це не через обов'язковість рішення ВСУ, а тому, що позиція ВСУ, на думку судді, базується на законі.

Останнім часом висловлюється думка про необхідність запровадження обов'язковості рішень судів вищої інстанції для судів нижчих інстанцій (а відтак і для всіх суб'єктів правовідносин), а також законодавчого закріплення такої обов'язковості (див., наприклад, [39, с.81; 40, с.75; 41, с.15; 42, с.19; 43, с.47; 27, с.22]). Ця думка навіть втілюється в офіційних документах, зокрема у плані заходів щодо реалізації Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженому розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27.08.2008 р. № 1153-р (пп. 4 п.2 якого передбачено розробити проект закону

щодо надання рішенням суду касаційної інстанції прецедентного характеру) та у проектах законів, що подаються деякими народними депутатами та навіть Кабінетом Міністрів України (Проект Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 31.05.2010 р. № 6450) до Верховної Ради України (ВРУ). При цьому зазвичай відбувається змішування понять судового прецеденту та загальної обов'язковості рішень судів вищої інстанції (всіх або тих, що відібрані певною інституцією), що є помилкою: зазначене розуміння не зустрічається ніде, в тому числі, як показано вище, й у країнах загального права.

Ідея надання рішенням ВСУ обов'язкового характеру є помилковою, на мій погляд, перш за все тому, що не враховує механізм утворення судового прецеденту у романо-германській правовій сім'ї. Дійсно, запровадження обов'язковості таких рішень позбавило би гнучкості і зламало механізм формування усталеної судової практики, який базується, насамперед, на ініціативі судів перших інстанцій як таких, що першими стикаються з необхідністю застосування нових підходів у тих чи інших правових ситуаціях.

Слід врахувати також і вітчизняний досвід з тим, щоб не «наступити на граблі» вдруге. За свідченням Є. В. Васьковського, російський сенат (вища судова інстанція) визнав свої рішення обов'язковими для всіх однорідних з вирішеними в них випадками. При цьому сенат часто-густо став «давати суперечливі роз'яснення, так що зараз не багато знайдеться спірних питань, по яких сенат в різний час не висловив би діаметрально протилежних точок зору» [44, с.85–86]. Така сама ситуація спостерігається і сьогодні: можна навести багато прикладів, коли рішення ВСУ, прийняті у різний час, містять протилежні позиції з одного й того ж правового питання (див, наприклад, постанову ВСУ від 25.02.2002 р. [45] та постанову ВСУ від 19.11.2002 р. [46]). Така ситуація відображає процес становлення правоположень зі склад-

них правових питань у період бурхливого розвитку законодавства, яке до того ж є вкрай суперечливим і неякісним. На жаль, цей період не виправдано затягнувся; тим більше слід прагнути до скорочення часу становлення усталених правоположень, про що буде сказано нижче.

Крім того, ідея надати рішенням ВСУ обов'язкового характеру суперечить ст.129 Конституції України: судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону.

Фактори, що стримують розвиток судового прецеденту у праві України.

Україні, як і будь якій іншій країні романо-германської правової сім'ї, притаманні судові прецеденти у вигляді усталеної судової практики (*jurisprudence constante*) та переконливого прецеденту (в першу чергу - рішень ВСУ та вищих спеціалізованих судів).

Є багато чинників загального характеру, що стримують розвиток судового прецеденту в праві України. До них належать корупційність суддів (яка заважає становленню усталеної судової практики через розмивання її свідомо неправосудними рішеннями), недостатній рівень кваліфікації суддів, вади системи підбору суддів, недотримання принципу незалежності суддів (зокрема, через наявність значного адміністративного ресурсу у голів судів), відсутність ефективного механізму притягнення суддів до відповідальності за прийняття свідомо неправосудних рішень тощо.

Водночас існують і специфічні фактори. Так, у 2005 році було зроблено значний крок уперед щодо поширення інформації щодо судової практики: прийнято Закон України «Про доступ до судових рішень». Цим Законом запроваджено Єдиний державний реєстр судових рішень. Значення реєстру для розвитку судового прецеденту як у вигляді усталеної судової практики, так і переконливого прецеденту, важко переоцінити – реєстр може і повинен стати важливим інструментом

як скорочення строків формування усталеної судової практики з різних правових питань, так і підвищення ролі переконливого прецеденту рішень через підвищення рівня поінформованості суддів, адвокатів та інших юристів про такі рішення. Водночас на роботу цього реєстру є багато нарікань. Зокрема, рішення вносяться до реєстру вкрай несвоєчасно і неповно. Для покращення ситуації можна запропонувати запровадити порядок, за якого судові рішення формуються виключно системою «Діловодство», причому одночасно включаються до Єдиного державного реєстру судових рішень. Якщо для включення до реєстру з рішення відповідно до закону має бути прибрана інформація про імена фізичних осіб чи інша інформація, то така робота має здійснюватись негайно, а скоригований таким чином текст рішення має формуватись одночасно з текстом оригінального судового рішення.

Відповідно до п.2 ч.2 ст.47 Закону України «Про судоустрій України» до повноважень ВСУ належить надання судам роз'яснень з питань застосування законодавства на основі узагальнення судової практики та аналізу судової статистики. Закон не визначає такі роз'яснення як рекомендаційні (як це зроблено щодо роз'яснень вищого спеціалізованого суду у п.3 ст.39 Закону України «Про судоустрій України»), у зв'язку з чим існує поширена думка про обов'язковість роз'яснень ВСУ. Водночас така обов'язковість призводить до того, що роз'яснення ВСУ в системі законодавчих актів навіть не можна віднести до підзаконних актів, натомість вони є «надзаконними» [25, с.37], бо саме їм належить останнє слово у тому, які саме правила та як саме регулюють ті чи інші відносини. Таке не тільки не узгоджується з конституційним принципом поділу державної влади на гілки, але і не сприяє реалізації самого механізму суддівського правотворення у вигляді усталеної судової практики, оскільки застосування вищою су-

довою інстанцією неадекватного механізму правотворення заважає виробленню нових правових позицій, які могли би згодом у притаманний континентальній судовій практиці спосіб перетворитись на усталені правовоположення.

Шкідливим є і правило згаданої норми про повноваження ВСУ у разі необхідності визнавати нечинними роз'яснення Пленуму вищого спеціалізованого суду, бо таке повноваження нівелює визначення роз'яснень Пленуму вищого спеціалізованого суду як рекомендаційних. Втім, краще за все було би взагалі скасувати повноваження як ВСУ, так і Пленуму вищого спеціалізованого суду надавати будь-які роз'яснення – правові позиції всіх судів (включаючи ВСУ) мають відображатися лише в рішеннях з конкретних справ.

Негативний вплив на розвиток судового прецеденту має і повноваження апеляційних судів, президії апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду та заступників голів і президії, суддів ВСУ, голів судових палат ВСУ надавати судам нижчого рівня «методичну допомогу» у застосуванні законодавства (п.4 ч.1 ст.26, п.3 ч.1 ст.39, п.5 ч.1 ст.42, п.9 ч.2 ст.43, п.4 ч.1 ст.49 п.6 ч.3 ст.53 Закону України «Про судоустрій України»). Це призводить не тільки до відволікання суддів вищих інстанцій від здійснення правосуддя, а й до видачі судам нижчих інстанцій з боку судів вищих інстанцій адміністративних по суті приписів щодо застосування законодавства, що суперечить ст.126 Конституції України («Вплив на суддів у будь-який спосіб забороняється») та заважає формуванню прецеденту усталеною судовою практикою. Належним шляхом надання допомоги з боку суддів вищих інстанцій є читання лекцій суддям в рамках підвищення кваліфікації суддів, яке здійснює Академія суддів України, а також публікування статей в юридичній періодиці та інші форми поширення правових знань, які не передбачають безпосереднього впливу на певний суд чи суддю.

Висновки

1. Всі розглянуті вище види судових прецедентів істотно відрізняються і не зводяться один до одного. Зокрема, загальнообов'язковість (у певному сенсі) деяких судових рішень (лише в певній частині, яку не завжди легко виокремити) характерна тільки для англосаксонського прецеденту, решта розглянутих видів прецедентів жодної обов'язковості не передбачає, причому чудово працює.

2. Переваг англосаксонського прецеденту (за доктриною *stare decisis*) над континентальним (за доктриною *jurisprudence constante*) знайти не вдається. Зокрема, загальне право не дає змоги досягти більшого ступеню правової визначеності, ніж континентальне. Континентальний прецедент відрізняється більшою універсальністю, гнучкістю та демократичністю. Натомість при застосуванні англосаксонського прецеденту виникають значні труднощі щодо з'ясування змісту правила, створеного прецедентом (що виводиться з нього); визначення сфери дії такого правила; визначення належного прецеденту, що підлягає застосуванню; визначення випадків, коли прецедент не повинен застосовуватись чи від нього можна або необхідно відхилитись; виникає проблема зворотної дії прецеденту у часі; стимулюється невисокий рівень законодавчої техніки.

3. Континентальна система права відноситься до англосаксонського прецеденту як до чужого, відкидає його [47, с.12; 30, с.593]. Тому розвиток судового прецеденту у праві України має відбуватися у спосіб, характерний для романо-германської правової сім'ї. Зокрема, встановлення загальної обов'язковості певних судових рішень (наприклад, рішень ВСУ) є неприпустимим і як таке, що руйнує прецедент країн континентального права, і як таке, що суперечить Конституції України.

4. Проведений аналіз дозволяє запропонувати такі напрямки удосконалення ролі судового прецеденту у праві України:

– істотно покращити функціонування Єдиного державного реєстру судових рішень;

– скасувати повноваження ВСУ та Пленуму вищого спеціалізованого суду надавати судам роз'яснення (а до того часу утриматись від їх надання чи принаймні виходити з того, що такі роз'яснення з питань застосування законодавства можуть мати виключно рекомендаційний характер);

– скасувати повноваження судів та суддів надавати методичну допомогу у застосуванні законодавства судам нижчого рівня. Натомість ширше залучати суддів вищих інстанцій до роботи з підвищення кваліфікації суддів нижчих інстанцій.

Насамкінець хотілося би привернути увагу до досвіду американського штату Луїзіана, де в галузі приватного права не застосовується *stare decisis*, а натомість сприйнята доктрина *jurisprudence constante*. Хоча Луїзіана знаходиться в оточенні штатів загального права і зазнає нападів, що мають на меті змінити континентальний підхід на підхід інших штатів, юристи Луїзіани не страждають комплексом «молодшого брата» і загалом твердо дотримуються відданості *jurisprudence constante* (хоча й там, звичайно, трапляються «гарячі голови», схильні руйнувати надбаня, що створювались сторіччями). У Луїзіані пишаються своєю *jurisprudence constante* та шанують як культурний спадок, про що можна довідатися не лише з юридичної літератури [48, с.419; 49, с.24], але й з судових рішень (див., наприклад, In re Orso [50]). Хотілося би побажати Верховному Суду України й собі зайняти таку ж виважену позицію, зокрема щодо неприпустимості запровадження обов'язковості судових рішень будь-якої інстанції для будь-кого, крім сторін у справі, і щодо охорони та всебічного розвитку вітчизняної форми прецеденту на базі визнаної у континентальній Європі доктрини *jurisprudence constante*.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гера Р. Забезпечення однакового застосування законів судами / Р. Гера, Р. Куйбіда, Т. Лесюк. – К. : Центр політико-правових реформ, 2005. – 19 с.
2. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К. : Реферат, 2007. – 640 с.
3. Кросс Р. Прецедент в англійском праве / Р. Кросс ; под общ. ред. доктора юридических наук, профессора Ф. М. Решетникова. – М. : Юрид. лит., 1985. – 239 с.
4. Gilmore G. Legal realism: its cause and cure // *Yale L.J.* – 1961. – V. 70. – P. 1037–1048.
5. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Б. В. Малишев. – К., 2002. – 14 с.
6. Slapper G. The English legal system / Slapper G., Kelly D. – London : Cavendishpublishing, 2004. – 725 p.
7. Мірошніченко А. М. Чи потрібний Закон України «Про нормативно-правові акти»? / А. М. Мірошніченко, Ю. Ю. Попов // Форум права. – 2009. - № 1. – С. 362–372 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2009-1/09mamnpa.pdf>.
8. Hathaway O. A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system // *Iowa L. Rev.* – 2001. – V. 86. – P. 601–665.
9. Re E. D. Stare Decisis / Re E. D. // *F.R.D.* – 1979. – V. 79. – P. 509–519.
10. Попов Ю. Содержание понятия «уставный капитал» в проекте Гражданского кодекса Украины / Ю. Попов // Юридическая практика. – 2000. – № 32. – С. 6.
11. Свифт Дж. Путешествия Гулливера / Свифт Дж. – М. : АСТ, 2003. – 416 с.
12. Swift J. Gulliver's Travels into Several Remote Nations of the World / Swift J. – Adelaide : eBooks@Adelaide, 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ebooks.adelaide.edu.au/s/swift/jonathan/s97g/chapter32.html>.
13. Llewellyn K. The Common Law Tradition: Deciding Appeals / Llewellyn K. – Boston : Little, Brown and Company, 1960. – P. 77–91 (цитуються за: Bhala R. The power of the past: towards de jure stare decisis in WTO adjudication (part tree of a trilogy) (p.889) // *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* – 2001. – V. 33. – P. 873–956).
14. Lindquist S. A. Empirically testing Dworkin's chain novel theory: studying the path of precedent / Lindquist S. A., Cross F. B. // *N.Y.U. L. Rev.* – 2005. – V. 80. – P. 1156–1206.
15. Maltz E. The Nature of Precedent / Maltz E. // *N.C. L. Rev.* – 1988. – V. 66. – P. 367–393.
16. Schauer F. Precedent / Schauer F. // *Stan. L. Rev.* – 1987. – V. 39. – P. 571–605.
17. Algero M. G. The sources of law and the value of precedent: a comparative and empirical study of a civil law state in a common law nation / Algero M. G. // *La. L. Rev.* – 2005. – V. 65. – P. 775–822.
18. Wacks R. Law: a very short introduction / Wacks R. – Oxford : Oxford University Press, 2008. – 172 p.
19. Dinwiddy J. R. Bentham: selected writings (p.54) / Dinwiddy J. R. – Stanford: Stanford University Press, 2004. – 190 p.
20. Monaghan H. P. Our Perfect Constitution / Monaghan H. P. // *N.Y.U. L. Rev.* – 1981. – V. 56. – 353, 390 (Цитується за: Lindquist S.A. Cross F.B. Empirically testing Dworkin's chain novel theory: studying the path of precedent (p.1160) // *N.Y.U. L. Rev.* – 2005. – V. 80. – P. 1156–1206).
21. Иеринг Р. Юридическая техника / Р. Иеринг. – СПб., 1905. – 106 с.
22. Herman S. The fate and future of codification in America / Herman S. // *Am. J. Legal Hist.* – 1996. – V. 40. – P. 407–437.

23. Ponoroff L. The dubious role of precedent in the quest for first principles in the reform of the bankruptcy code: some lessons from the civil law and realist traditions / Ponoroff L. // *Am. Bankr. L.J.* – 2000. – V. 74. – P. 173–226.
24. Whitman J. Commercial law and the American volk: a note on Llewellyn's German sources for the Uniform Commercial Code / Whitman J. // *Yale L.J.* – 1987. – V. 97. – P. 156–175.
25. Попов Ю. Суддівське правотворення на прикладі регулювання відносин щодо неукладених угод / Ю. Попов // *Юридичний радник.* – 2005. – № 5. – С. 34–38.
26. Циппеліус Р. Юридична методологія / Р. Циппеліус. – К. : Реферат, 2004. – 176 с.
27. Пошва Б. М. Судовий прецедент: проблеми запровадження в Україні / Б. М. Пошва // *Вісник Верховного Суду України.* – 2008. – № 9. – С. 16–22
28. Knight K. M. The total and absolute pollution exclusions are neither total nor absolute, at least for now: *Doerr v. Mobil oil corporation* / Knight K. M. // *Loy. L. Rev.* – 2001. – V. 47. – P. 1153–1174.
29. Markel A. W. Law in translation: Language, Legitimacy and Conflicts of Law / Markel A. W. // *Ariz. Att'y.* – 2008. – V. 44–JUN. – P. 24–30
30. Haazen O. A. Book Review: Precedent in the world court / Haazen O. A. // *Harv. Int'l L.J.* – 1997. – V. 38. – P. 587–602.
31. Vadi V. S. Investing in culture: underwater cultural heritage and international investment law / Vadi V. S. // *Vand. J. Transnat'l L.* – 2009. – V. 42. – P. 853–904.
32. Lauterpacht E. *International Law Reports* / Lauterpacht E., Greenwood C. J. – Cambridge: Cambridge University Press, 1983. V. 64. – 768 p.
33. *Trendtex Trading Corp. Ltd v The Central Bank of Nigeria.*
34. Markel A. American, English and Japanese warranty law compared: should the U.S. reconsider her article 95 declaration to the CISG? / Markel A. // *Pace Int'l L. Rev.* – 2009. – V. 21. – P. 163–204;
35. Hackney P. Is the United Nations Convention on the international sale of goods achieving uniformity? / Hackney P. // *La. L. Rev.* – 2001. – V. 61. – P. 473–486.
36. Bhala R. The precedent setters: de facto stare decisis in WTO adjudication (part two of a trilogy) / Bhala R. // *J. Transnat'l L. & Pol'y.* – 1999. – V. 9. – P. 1–151.
37. Bhala R. The power of the past: towards de jure stare decisis in WTO adjudication (part three of a trilogy) / Bhala R. // *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* – 2001. – V. 33. – P. 873–956.
38. Callens C. P. Louisiana civil law and the Uniform Commercial Code: interpreting the new Louisiana U.C.C. – inspired sales articles on price) / Callens C. P. // *Tul. L. Rev.* – 1995. – V. 69. – P. 1649–1687.
39. Кирилюк Д. Чи визнається в Україні судовий прецедент? / Д. Кирилюк // *Юридичний журнал.* – 2006. – № 4. – С. 78–81.
40. 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.
41. Луць Л. А. Перспективи становлення судового прецеденту як джерела права України / Л. А. Луць // *Вісник Центру суддівських студій.* – 2006. – № 6. – С. 10–15.
42. Шевчук С. В. Рішення Верховного Суду України як джерело права (деякі аспекти дії прецедентного права в Україні) / С. В. Шевчук // *Вісник Центру суддівських студій.* – 2006. – № 6. – С. 16–19.
43. Шевчук С. В. Нормативність актів судової влади: від правоположення до правової позиції / С. В. Шевчук // *Вісник Верховного Суду України.* – 2008. – № 9. – С. 23–27.
44. Васьковский Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васьковский. – М. : Статут, 2003. – 382 с.
45. Хозяйственный суд может по собственной инициативе признать недействитель-

ным договор // Юридическая практика. – 2004. – № 1–2. – С. 25.

46. Признание хозсудами по собственной инициативе договоров недействительными противоречит Конституции // Юридическая практика. – 2004. – № 1–2. – С. 26–27.

47. Stigall D. E. Comparative law and state-building: the «organic minimalist» approach to legal reconstruction / Stigall D. E. // Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. – 2007. – V. 29. – P. 1–42.

48. Herman S. The fate and future of codification in America / Herman S. // Am. J. Legal Hist. – 1996. – V. 40. – P. 407–437.

49. Lorio K. V. The Louisiana civil law tradition: archaic or prophetic in the twenty-first century? / Lorio K. V. // La. L. Rev. – 2002. – V. 63. – P. 1–25.

50. In re Orso 283 F.3d 686 (2002), 256 La. 289, 236 So.2d 216 (1970).

Попов Ю. Ю. Прецедентне право у контексті загальнообов'язковості судових рішень та українські перспективи / Ю. Ю. Попов // Форум права. – 2010. – № 3. – С. 351–363 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-3/10rjttur.pdf>

Порівнюються три види судових прецедентів: обов'язкові прецеденти за доктриною stare decisis, притаманні країнам загального права; необов'язкові прецеденти за доктриною jurisprudence constante, притаманні країнам континентального права; та переконливі прецеденти, притаманні і тим, і іншим. Робиться висновок про чужість Україні доктрини stare decisis; пропонується низка кроків для удосконалення ролі прецеденту за доктриною jurisprudence constante та переконливого прецеденту у праві України.

Попов Ю.Ю. Прецедентное право в контексте общеобязательности судебных решений и украинские перспективы

Сравниваются три вида судебных прецедентов: обязательные прецеденты согласно доктрине stare decisis, присущие странам общего права; необязательные прецеденты согласно доктрине jurisprudence constante, присущие странам континентального права; и убедительные прецеденты, присущие и тем, и другим. Делается вывод о чуждости Украине доктрины stare decisis; предлагается ряд шагов для усовершенствования роли прецедента согласно доктрине jurisprudence constante и убедительного прецедента в праве Украины.

Popov Yu.Yu. Case-Law in the Context of General Binding Effect of Court Decisions and Ukrainian Prospects

The author compares three types of judicial precedents: binding cases according to the doctrine of stare decisis, usual for countries of common law tradition; unbinding cases according to the doctrine of jurisprudence constante, usual for countries of civil law tradition; persuasive precedents, common for both traditions. Draws the conclusion that the doctrine of stare decisis is alien to Ukraine; suggests a number of steps in order to improve the role of precedents according to the doctrine of jurisprudence constante and persuasive precedents in Ukrainian law.