

УДК 340.5 (477)

Демків Р. Я., к.ю.н., доцент кафедри
конституційного та міжнародного права ЛьвДУВС

Правовий прецедент та його співвідношення з законом як основним джерелом права в Україні

Стаття присвячена аналізу правового прецеденту як джерела права, його ролі у правовому регулюванні суспільних відносин, особливостях та співвідношення з законом, як основним джерелом права в Україні.

Ключові слова: правовий прецедент, судовий прецедент, закон, джерела права.

Стаття посвячена аналізу правового прецедента как источника права, его роли в правовом регулировании общественных отношений, особенностях и соотношении с законом, как основным источником права в Украине.

Ключевые слова: правовой прецедент, судебный прецедент, закон, источники права.

The article is devoted to analysis of the legal precedent as a source of law and its role in the legal regulation of social relations, features and value of law as the main source of law in Ukraine

Key words: legal precedent, judicial precedent, law, sources of law.

Постановка проблеми. При здійсненні правової реформи в Україні вкрай важливо удосконалювати структуру права. А це, у свою чергу, визначає необхідність ідейного і спеціально-юридичного визнання вирішального значення правовідносин у праві. Адже історично та логічно правовідносини стоять попереду норм права. Навіть активна законодавча діяльність може лише опосередковано, за допомоги нормативних установ, впливати на формування правовідносин, котрі зароджуються в суспільстві та виявляють прогресивні тенденції. Діалектична взаємодія між об'єктивним і суб'єктивним правом – структурна основа ефективного використання механізму правового регулювання суспільних відносин. У зв'язку з цим було б надзвичайно важливо відмовитись від минулого офіційного невизнання судової практики джерелом права.

Розвиток суб'єктивного (прецедентного) права стимулюватиме охорону прав громадян, надасть динамізму правовій системі, системі і структурі права, значно змінить співвідношення між суб'єктивним і об'єктивним правом на користь першого [1, с. 81].

Метою дослідження є з'ясування ролі правового прецеденту в правовій системі України та його співвідношенням з законом.

Стан дослідження. Окремі питання правового прецеденту розкриваються у працях П.О. Гука, Н.А. Гураленко, О.В. Зайчука, К.Ю. Кармазіної, М.І. Козюбри, С.В. Лозовської, С.В. Маркіна, М.М. Марченка, С.П. Погребняка, Н.М. Оніщенко, Ю.Ю. Попова, О.А. Селіванова, О.Ф. Скакун, Н.В. Стецика, Г.О. Христової, Ю.С. Шемшученка та ін.

Виклад основних положень. З різних причин теорія і практика соціалістичного типу права не визнавали і не визнають прецедентної форми права. Офіційна доктрина стояла на такій позиції: за режиму соціалістичної законності судові й адміністративні органи повинні застосовувати право, а не створювати його. Юридичним джерелом соціалістичного права є в основному нормативно-правові акти, частково –

колективні договори і санкціоновані державою звичаї. Інші з відомих людству юридичних джерел (релігійні трактати, судовий прецедент, наукові постулати) в соціалістичних країнах не культивуються [2, с. 190]. Традиції, звичайно, сильно оволодівають розумом, але необхідно розібратися, чи така це вже відстала форма права. Без сумніву, вона має позитивні риси.

Юридична енциклопедія дає нам наступну інформацію: «Прецедент (від лат. praecedens (praecedentis) той, що передує) – це спосіб зовнішнього вираження і закріплення індивідуального правила поведінки, яке встановлюється компетентним органом держави для врегулювання конкретної життєвої ситуації і стає загально-обов'язковим у регулюванні аналогічних конкретних життєвих ситуацій» [3, с. 77]. Іншими словами, правовий прецедент – це об'єктивне рішення органу держави у конкретній справі, якому надається формальна обов'язковість при розв'язанні всіх наступних аналогічних справ [4, с. 87].

На сьогодні розрізняють такі види правових прецедентів: адміністративний, що виступає джерелом права у сфері управлінської діяльності, та судовий, що є джерелом права, яке означає визнання правотворчої функції суду. Ми звернемо особливу увагу на судовий прецедент, як частину судової практики, оскільки саме йому може бути наданий статус форми (джерела) права.

Судовий прецедент – це рішення суду, що виноситься з конкретної справи і стає правилом, обов'язковим для всіх судів тієї ж або нижчої інстанції при вирішенні аналогічних справ. При цьому, використовуючи прецедент, не обов'язково запозичувати все попереднє рішення, досить лише суті правової позиції суду, що виніс попередній вирок чи рішення [5, с. 366].

На підставі цієї дефініції зазначимо наступні відмінні риси (в аспекті вчення про джерела права) звичайного судового рішення і такого судового рішення, яке з дотриманням певних вимог набуло властивостей прецеденту.

По-перше, судові рішення, на відміну від судового прецеденту, має точно визначене та обмежене коло адресатів своєї дії. По-друге, для прецеденту адресатом є не суб'єкти спору, а суддя (суд), для якого означене джерело права слугує підставою вирішення аналогічного спору згідно з вже пізнаним і незаперечним правом. При цьому суддя (суд) поєднує в своїй особі як суб'єкта офіційного застосування джерела права, так і адресата такої реалізації, відомостей про нього. Навпаки, функцію офіційного правозастосування звичайного судового рішення виконує державний виконавець (хоча можливе і добровільне виконання) стосовно визначених у ньому адресатів. По-третє, звичайне судові рішення при безстроковості існування в принципі остаточне у своїй реалізації, тобто його можна повністю виконати, «реалізувавши» все пізнане в ньому право, в чому проявляється його специфіка як джерела права. Процес реалізації права, сформульованого в судовому прецеденті, може повторюватися багато разів протягом тривалого часу. Далі, результати правопізнання для звичайного судового рішення та судового прецеденту мають різні аспекти формального закріплення. Для першого – це переважно резолютивна частина акта суду, яка констатує право особи у даному спорі, для останнього – мотивувальна частина того ж акта, що містить принцип, згідно з яким слід вирішувати аналогічні справи відповідно до права [6, с. 36].

Судовий прецедент є основою для однієї з найрозповсюджених правової сім'ї – англосаксонської. На даний момент Україна належить до так званої континентальної (романо-германської) правової сім'ї, що в свою чергу припускає використання писаних

законів. Прецедент в даній правовій системі не має такої сили як в країнах англосаксонської системи права. Однак і в українській державі рішення Верховного Суду України, Конституційного Суду України мають керівне значення, що фактично є відлунням прецедентного права. Спостерігається свого роду проникнення і часткове змішування двох правових систем (процес конвергенції)*. Поряд з відсутністю в Україні прецедентного права в тій мірі, в якій воно поширене в Англії чи США, не можна відкидати існування та значення судової практики при здійсненні правосуддя.

Звернемо увагу на те, що в юриспруденції країн колишнього Радянського Союзу сформувався теза, яка полягає у тому, що признання прецедента в якості джерела права не узгоджується з характерними особливостями романо-германської правової сім'ї, до якої традиційно відносять Україну. Однак, якщо звернутися до праць таких відомих правознавців, як, А. Барак, Р. Давид, К. Жоффре-Спіноза можна помітити, що на їх думку, в країнах романо-германської правової сім'ї судова практика признається, хоч і вторинним після закону, але джерелом права. Це підтверджується практикою використання судами судового прецеденту практично у всіх країнах континентальної правової системи, а також висновками провідних дослідників цієї правової сім'ї, а саме: К. Цвайгером, Х. Кьотц, Р. Давид, К. Жоффре-Спіноза.

М.Н. Марченко, досліджуючи місце судового прецедента у країнах континентального права, робить висновок про те, що в тих країнах, де юридична сила і нормативний характер судових рішень не тільки признаються, але й закріплюються (забезпечуються) в законодавчому порядку, створюються об'єктивні і досить сприятливі умови для формування теорії і розвитку практики застосування судового прецеденту (Іспанія, Швейцарія). Відсутність же законодавчого закріплення і забезпечення місця і ролі прецедентів в системі інших джерел романо-германського права, законодавче «замовчування» про них або формальна юридична заборона на правотворчу діяльність судів в тих чи інших країнах зовсім не сприяє усвідомленню реального значення прецедентів в континентальному праві і узагальненню відповідної правотворчої та правозастосовної практики судів (Данія, Німеччина) [7 с. 56]. Тому в Німеччині, Данії, Нідерландах, Швейцарії – по суті в усіх розвинутих країнах континентальної правової традиції – якщо не в самому тексті закону, то принаймні в сучасній правовій доктрині, ніхто не заперечуватиме правотворчу роль судів.

На нашу думку, було б не зовсім правильно повністю заперечувати, як це, наприклад, роблять деякі науковці [8, с. 193; 9, с. 99], відсутність в Україні судового прецеденту в якості самостійного джерела права, хоча неможна не визнати, що в практиці діяльності судів України судовий прецедент поки займає незначне місце. Необхідно відзначити, що особливе місце в юридичній науці посідає дискусія про правову природу постанов Пленуму Верховного Суду України та постанов і роз'яснень судів вищих інстанцій (наприклад, Вищого господарського суду, Вищого адміністративного суду України).

Постанови видаються з метою однакового застосування судами норм права. В Кримінальному кодексі, наприклад, ніде не розкривається визначення деяких понять

* Теорія конвергенції – одна з концепцій західного суспільствознавства, яка особливістю сучасного розвитку суспільства вважає тенденцію до зближення двох соціально-політичних систем, згладжування економічних, політичних, ідеологічних розбіжностей між капіталізмом та соціалізмом, їх синтез в так зване «змішане суспільство». Основні представники: Дж. Гелбрейт, У. Росту, Я. Тінберген та ін.

(наприклад, «особлива жорстокість»). Розкриття подібних понять дається в постановах Пленуму Верховного Суду України [10]. В даному випадку, відсутність вказаної постанови не дозволяла б кваліфікувати діяння, як вчинені з особливою жорстокістю.

Ці рішення можуть не мати характеру правової норми, а стають правоположеннями, які також набувають обов'язкового характеру, забезпечуються авторитетом вищого судового органу, а також можливістю скасовувати рішення, які їм суперечать. Офіційно вважається, що суд не має права творити нові норми права, займатись правотворчістю, а може лише тлумачити норми закону і практику їх застосування. Виходячи із загального розуміння, що право існує самостійно і закладене в людській природі, свідомості, справедливості та регулює всі відносини, що виникають між людьми, впливає, що суддя не створює право, а лише встановлює та формулює вже існуючі його норми. Водночас судова практика як діяльність судових органів з розгляду тих чи інших справ з метою деталізації законів, вироблення правоположень і як наслідок — поява однорідних рішень, створення зразків і т. д. узагальнює її та закріплює в керівних роз'ясненнях Верховного Суду України. Створюються чіткі правові норми або правоположення, які можуть перерости в норму. Отже, судова практика може визнаватися джерелом права. Але дехто з дослідників вважає, що судова практика не може бути повноцінним джерелом права, оскільки являє собою об'єктивовану форму реалізації права, не може встановлювати правові норми, доповнювати або виправляти їх. Її головне завдання — в процесі тлумачення конкретизувати юридичні норми в межах застосування норм права. Як доречно підкреслює Н.А. Подольська, «джерелом права в формально юридичному розумінні є не вся судова практика, а лише та її частина, яка створюється в результаті діяльності вищих судових інстанцій в процесі судового розгляду справ у другій інстанції, а по особливо складних справах — в першій та в ході тлумачення законів вищими судовими інстанціями, тобто судовий прецедент» [11, с. 83].

З іншого боку, посилаючись на те, що Верховний Суд України, як і будь-який інший державний орган, має право видавати підзаконні нормативно-правові акти, деякі вчені стверджують, що його постанови можуть містити норми, які конкретизують і деталізують положення законодавства, усувають прогалини у правовому регулюванні. Постанови Пленуму Верховного суду України та акти Конституційного суду є джерелами трудового права України. За своєю суттю ці джерела трудового права мають допоміжний характер і покликані забезпечити неухильне дотримання трудового законодавства України [12, с. 62]. Необхідно зазначити, що згадані документи фактично тлумачать та доповнюють зміст нормативно-правових документів всіх рівнів — від відомчої інструкції до конституційного закону України, не будучи при цьому офіційно визнаною формою (джерелом) права.

Зовсім по іншому проблема правового прецеденту почала сприйматися з моменту створення Конституційного Суду України. Компетенція Конституційного Суду України та правова природа його рішень прямо говорять про те, що рішення Конституційного Суду України не тільки роз'яснюють чинне законодавство на предмет конституційності, але й змінюють і доповнюють закон. За час свого існування Конституційний Суд України створив чимало прецедентів, які активно використовуються — наприклад, саме завдяки йому в якості захисників у кримінальному процесі можуть виступати не тільки адвокати, а й інші фахівці в галузі права [13]. Фактично даним рішенням були змінені положення Кримінально-процесуального кодексу.

Не можна не признати той факт, що на сьогодні всі три гілки державної влади

використовують один засіб управління – видання обов'язкових для виконання правил поведінки. Законодавча влада видає найбільш важливі, загальні правила поведінки – закони. Виконавча влада приймає більш конкретні правила для виконання законів. Судова гілка влади приймає рішення для вирішення спірних, конкретних ситуацій.

На нашу думку, правовий прецедент фактично вже існує. Можна сказати, що офіційно судовий прецедент як форма (джерело) права прийшов в Україну ззовні. Статутна форма Європейської системи захисту прав людини (Європейська конвенція про захист прав і основних свобод людини, Статути Комісії і Суду, Процедурні правила роботи Комісії і Суду), яку признала Україна, має прецедентний зміст [14, с. 133]. Згідно зі ст. 46 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, рішення Європейського суду є обов'язковими для держав-учасниць Конвенції [15]. При цьому Україна офіційно визнала юрисдикцію Європейського суду з питань тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї.

Однак судовий прецедент не має офіційного законодавчого визнання. Для визначення істинної ролі прецеденту в системі формальних джерел права України особливе значення може відіграти їх законодавче закріплення

[16, с. 81]. Хоча і тут немає однозначності. Про закріплення судового прецеденту як форми (джерела) права в Україні активно заговорили після прийняття Закону України «Про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу» від 21 червня 2001 року, яким до Арбітражного процесуального кодексу (Господарського процесуального кодексу) була включена ст. 111-15, яка визначає підстави для оскарження до Верховного Суду України постанов чи ухвал Вищого господарського суду України, серед яких такі як їх невідповідність рішенням Верховного Суду України чи Вищого суду іншої спеціалізації з питань застосування норм матеріального права та виявлення різного застосування Вищим господарським судом України одного й того самого положення закону чи іншого нормативно-правового акта в аналогічних справах [17]. Таким чином, ця стаття майже офіційно визнала судовий прецедент в якості форми (джерела) права. В процесі використання правових норм, які містяться в даній статті, виникало і виникає чимало проблем.

23 лютого 2006 року прийнято Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». У ст. 17 цього закону закріплено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та практику Суду як джерело права, ситуація в нашій державі почала змінюватись. На підставі цього можна зробити висновок, що судова практика Європейського суду з прав людини визнається офіційним джерелом права.

Отже, розгляд правового прецеденту та судової практики не має однозначного тлумачення. Однак, як форма (джерело) права, він має тенденцію до збільшення своєї ролі. Випадки його проявлення, як правило, пов'язані з відсутністю законів, які регулюють ту чи іншу сферу суспільних відносин. Ми вважаємо, що в перспективі є можливість входження правового прецеденту до системи джерел права в Україні, але для цього необхідний незалежний суд і відповідна правова підготовка суддів, а також формування їх правосвідомості в тому напрямку, при якому буде можливою їх правотворчість. Як один з недоліків сучасної судової системи України можна навести приклад появи так званого «рейдерства», яке є порівняно новим явищем для України.

Відмінність законів від судових прецедентів полягає в тому, що прецедент – це

більш прагматичний інструмент правового регулювання, а закон – скоріше ідеалістичний. Як акти наділені юридичною силою у часі, просторі та по колу осіб, закони універсальні, загальнообов'язкові для всіх, розраховані на багаторазове використання. Прецедентна норма має обмежений характер, оскільки не наділена такою ж всезагальністю як норма права, яка приймається законодавчим органом. При розгляді нової справи вона може не враховуватися. Обов'язковою ознакою судового прецеденту є наявність посилання на попередні рішення.

З точки зору законодавства, суд – орган, який застосовує право, контролює виконання нормативно-правових актів, а не створює їх. Відповідно до ст. ст. 124, 129 Конституції України, судові рішення ухвалюються судами іменем України і є обов'язковими до виконання на всій території України. Однак при здійсненні правосуддя судді незалежні і підкоряються лише закону, тобто вони не мають сили закону і не можуть вважатися такою ж досконалою формою права як закон. При цьому роз'яснення судової практики признаються такими, які враховуються всіма юристами, які застосовують право.

Слід врахувати, що в самих країнах англо-саксонської правової родини теорія говорить не про можливість судів здійснювати правотворчі функції в разі відсутності відповідного закону або нечіткості правової норми, а про те, що суд лише формулює ту норму, яка споконвіку живе в народній правосвідомості. Саме закон має найвищу юридичну силу, а парламентська, судова і адміністративна практика – важливе значення для тлумачення, застосування і розвитку закону для організації діяльності органів відповідних гілок влади і вирішення питань приватного права [18, с. 250]. Разом з тим, фактично таке становище додає суду значення творця правових норм. Право в подібних випадках неминуче відрізняється крайньою складністю і запутаністю, що безумовно, може полегшувати сваволю з боку несумлінних посадових осіб. Варто також підкреслити, що в усіх країнах судовий прецедент може бути змінений чи скасований парламентським актом, а при колізії закону і прецедента більшою юридичною силою користується норма, яка зафіксована в законі.

Висновки. Поряд з перевагою судових прецедентів (в їх рамках можна більш предметно підійти до вирішення конкретної справи, адже судовий прецедент набагато точніше, ніж загальна норма, зможе відобразити суть будь-якої справи), існує суттєвий недолік, який полягає в тому, що кількість прецедентів неухильно зростає* і часто вони суперечать один одному. Крім того, існують сфери, де закон є єдиною формою права, достатньо згадати процесуальне право. Законодавець при прийнятті того чи іншого закону обмежений тільки загальноправовими гуманістичними принципами і нормами Конституції.

Тому, чим більш розвинутою є держава, тим більшого значення в ній набуває закон як джерело (форма) права. Вища юридична сила, яка є однією з найважливіших ознак закону, полягає в тому, що:

- всі інші правові акти повинні походити від закону і не суперечити йому;
- закони не потребують затвердження з боку інших органів;
- закони можуть бути змінені тільки органом, який їх прийняв.

Вища юридична сила закону визначається і іншими його властивостями. Особливий

* На сьогодні в Англії їх вже близько 500 тисяч, а в США видано близько 350 томів судових рішень, що використовується як прецеденти.

порядок та складність прийняття законів забезпечують стабільність правової системи. Правило прецедента, як ми переконалися раніше, навіть в країнах з розвинутим прецедентним правом не є абсолютним, на відміну від закону, який не допускає виключень. Протягом всього часу його дії, він не дозволяє себе ігнорувати. Проявляючи найвищу державну і народну волю, закон одночасно набуває найвищої юридичної сили.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права і держави: Посіб. — К.: Б-в, 1994. — 236 с.
2. Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права: Курс лекций — Казань: Казанский университет, 1987. — 335 с.
3. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.), та ін. — К.: «Українська енциклопедія», 1998. — Т. 5: «П-С». — 2003. — 736 с.
4. Олійник А.Ю., Гусарев С.Д., Слюсаренко О.Л. Теорія держави і права України: Навч. посіб. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — 176 с.
5. Сухонос В.В. Теорія держави і права: Навч. посіб. — Суми: Университетська книга, 2005. — 536 с.
6. Первомайський О.Г. До питання про джерела цивільного права // Право України. — 2001. — № 2. — С. 34-37.
7. Марченко М.Н. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина. // Вестник московского университета. — 2000. — № 4. — С. 52-63.
8. Шестопалова Л.М. Теорія держави і права: Навч. посіб. — К.: Прецедент, 2004. — 224 с.
9. Новик М.К., Новик В.А. Теорія держави і права: Практикум — Житомир: Полісся, 2004. — 213 с.
10. Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 7 лютого 2003 р. № 2 // Вісник Верховного суду України. — 2003. — № 1(35). — С. 37-42.
11. Подольская Н.А. Прецедент как источник права в романо-германской правовой семье // Вестник Московского университета. — 1999. — № 6. — С. 80-88.
12. Костюк В.Г. Тлумачення норм права і значення актів органів судової влади для трудового права // Предпринимательство, хозяйство и право. — 2000. — № 6. — С. 60-62.
13. У справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника): Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000 // Офіційний вісник України. — 2000. — № 47 — Ст. 2045.
14. Герасимов Р.В. Реформа контрольного механизма Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, ее значение для правозащитной деятельности в Украине // Юридический вестник. — Одесса, 1998. — С. 130-137.
15. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод: Прийн. 4 листопада 1950 р. // Голос України — 2001. — № 3 (2503). — С. 6-8.
16. Овчаренко И.М. Законы в системе источников (форм) права и их классификация: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. — Х., 2004. — 221 с.
17. Закон України про внесення змін до Арбітражного процесуального кодексу: Прийн. 21 червня 2001 р. № 2539-III // Відомості Верховної Ради. — 2001. — № 36. — Ст. 188.
18. История государства и права зарубежных стран / Под ред. О.А. Жидкова, Н.А. Крашенинникова. — М.: Изд. МГУ, 1991. — 336 с.