



**Крапив'янський Андрій Васильович,**  
магістрант Інституту права імені князя Володимира Великого  
Міжрегіональної Академії управління персоналом, м. Київ



**Куртакова Анна Олександрівна,**  
доктор філософії в галузі права,  
доцент кафедри комерційного та трудового права  
Інституту права імені князя Володимира Великого  
Міжрегіональної Академії управління персоналом,  
м. Київ

УДК 340.142 (410.1)

## Судовий прецедент – джерело права країн англосаксонської правової сім'ї

Проблематика судового прецеденту завжди була й залишається предметом наукових дискусій. У радянську епоху, в якій панувала позитивістська концепція праворозуміння, офіційна правова доктрина відкидала можливість існування судового прецеденту у вітчизняній правовій системі. Сьогодні в літературі дедалі частіше звучать пропозиції щодо необхідності запровадження в Україні судового прецедента як офіційного джерела права. На підтримку прецеденту зазвичай висувають такі аргументи: визначеність, здатність до саморозвитку, практичність, гнучкість й здатність до адаптації, ефективність для досягнення єдності судової практики, для забезпечення принципів рівності сторін та верховенства права; забезпечення балансу між стабільністю та динамікою права. У працях вітчизняних вчених судовому прецеденту присвячено чимало уваги. Аналіз окремих аспектів цього явища знаходимо у роботах Б. Малишева, Н. Гураленко, М. Козюбри, Д. Кухнюка, Л. Луць, Ю. Матата, Н. Пархоменко, І. Погрібного, Н. Стедика, С. Шевчука та ін. Проте, комплексних наукових досліджень правової природи судового прецеденту на сьогодні в Україні немає, що зумовлює неоднозначність розуміння суті цього правового феномену та його ролі у системі права. У зв'язку з цим існує необхідність подальшого більш глибокого вивчення закономірностей розвитку судового прецеденту та механізму його функціонування в різних правових сім'ях.

Для англійської правової системи характерним є дуалізм: Statute Law (право, створене законодавчим шляхом) і Common Law (загальне, звичаєве право, яке містить давні закони, звичаї, прецеденти).

Common Law склалося із століттями нагромаджуваних судових рішень, які використовуються як прецедент. Звичаєве право у формі судових рішень протягом всієї історії Англії було головним джерелом права. Однак, з XIX ст. починають говорити і про позитивні риси кодифікації.

Так само, як колись у Римі з творами римських юристів, на які можна було посилалися під час винесення судового рішення, в Англії з часом нагромадився величезний обсяг матеріалу, що ускладнювало можливість користуватися ним. Тому англійська наукова література присвятила увагу обробці матеріалу з метою його систематизації та виведення загальних положень.

Одією з характерних властивостей судового прецеденту є його здатність швидко пристосовуватися до динамічних змін матеріального світу. Разом з тим, ця гнучкість неможлива без оновлення системи права, без «очищення» від застарілих та суперечливих прецедентів. У традиції загального права, де судовий прецедент відіграє домінуючу роль, існують механізми, які дозволяють судам уникати застосування неефективних прецедентів, які з тих чи інших причин неможливо скасувати.

Стосовно ж судового прецеденту, то більшість вчених (О. Верещагін, Б. Малишев,

М. Марченко, О. Попов, Є. Сем'янов, С. Чередніченко, С. Шевчук) до результатів судової правотворчості відносять усі його різновиди – як нормативно-правовий, так і правотлумачний. Такий підхід можна прослідкувати у твердженнях Б.В. Малишева про те, що «судовий прецедент є актом судової правотворчості та формою (джерелом) права передусім із тієї причини, що містить в собі прецедентну норму права» [1; с. 109], а тому «будь-який судовий прецедент є продуктом судової правотворчості» [1, с. 30]. З такою позицією погодитись не можна, адже відомо, що не усі судові прецеденти закріплюють норми права. Так, правотлумачні судові прецеденти закріплюють не норми права, а правила їх розуміння [2; с. 13], і є результатами правотлумачної діяльності судових органів. Відтак, не усі судові прецеденти належать до результатів судової правотворчості, а лише ті, що містять норму права – судові нормативно-правові прецеденти.

У країнах загального права, як відомо, й 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, й 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 у частині ratio decidendi нижчими інстанціями (вертикальна дія прецеденту) або тим же судом чи іншими судами того ж рівня (горизонтальна дія прецеденту) при вирішенні «відповідних» справ.

При цьому порівняння фактичних обставин справ для визначення ступеню «відповідності» має різне значення у різних країнах – від першорядного (в США) до менш істотного (в Англії) [3, с. 85].

Визначення того, чи є справа «відповідною» розглянутій раніше, часто є дуже непростим завданням. Також нагальною є, в певному сенсі, протилежна проблема: якщо справа видається відповідною кільком прецедентним рішенням (вірогідність чого зростає пропорційно зростанню 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 щипок на березі моря, прецедентна система не спроможна працювати.

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, й правові позиції, сформульовані судом «між іншим» (мають назву «obiter dictum»), не є обов'язковою. При цьому єдиного загально-визнаного способу відокремлення ratio decidendi від obiter dictum не існує [4, с. 9], тому таке відмежування може бути нелегким [5, 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 [6, 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...» [7, с. 624]), зокрема для визначення того, в яких випадках і якою мірою екстраговане з попереднього судового рішення правило має застосовуватися [8, с. 514].

Підхід, схематично описаний вище, базується на доктрині, яка дістала назву «stare decisis et non quiescere 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 значно важливіше зрозуміти, як він долається, ніж те, як йому слідує. 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 й 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 [9, с. 6], оскільки з терміна не можна виводити змісту позначуваного терміном поняття (припущення щодо змісту, виведені з терміну, 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 сословиі 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» [10; 11, с. 125; 12].

У 1966 році в Палаті лордів (вищій судовій інстанції) лордом Гардінером було сформульовано висновок про те, що «неухильне дотримання прецеденту може призвести до несправедливого вирішення певних справ, а також невиправданого 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 недив-

но, що відданість неухильному дотриманню прецеденту (так звана доктрина «жорсткої *stare decisis*» — «strict *stare decisis*», «rigid *stare decisis*», «rigid adherence to precedent») насправді є скоріш декларациєю, ніж практичним підходом. Утім, у сучасних правових системах доктрина судового прецеденту не є дуже жорсткою. 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 прецеденту 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 зворотну 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].

Значений спосіб формування прецедентного (в описаному вище значенні) права вплинув й 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, завдяки чому потребують постійно доповнення прецедентними рішеннями.

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 [22, с. 1165], тобто не нав'язується «зверху», а виникає якщо не внаслідок консенсусу [23, с. 28], то принаймні внаслідок сприйняття правової позиції значною частиною юридичної спільноти.

Отже, прецеденти є результатами судової правотворчості, в яких фіксуються нормативно-правові приписи. Судові прецеденти, які містять правила-розуміння нормативних приписів, тобто виступають результатами правотлумачної діяльності судів, називаються у юридичній літературі судовими правотлумачними прецедентами [2, с. 13].

Прецедент поряд із загальними рисами правотворчого акта володіє такими властивостями: приймається у процесуальній формі правосуддя – судочинства, носить казуальний характер, одночасно містить нормативно-правовий та індивідуальний припис, має складну структурну будову, поширює свою дію на наступні аналогічні справи.

Відтак, прецедент – це оприлюднене в офіційних виданнях рішення суду у конкретній справі, що містить нормативно-правовий припис і поширює загальнообов'язковий характер у наступних відповідних справах.

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.

## Список використаних джерел

1. *Алексеев С.С.* Общая теория права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. / С.С. Алексеев. – М. : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 576 с.

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

3. *Власенко Н.А.* Правовые позиции: понятие и виды / Н.А. Власенко // Журнал российского права. – 2008. – № 12. – С. 77 – 86.

4. *Кросс Р.* Прецедент в английском праве / Р. Кросс; под общ. ред. доктора юридических наук, профессора Ф.М. Решетникова. - М. : Юрид. лит., 1985. – 239 с.

5. *Gilmore G.* Legal realism: its cause and cure // Yale L.J. - 1961. - V. 70. – P. 1037-1048.

6. *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.

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.nbuv.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. *Понов 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 P.* Юридическая техника / P. Иеринг. – СПб., 1905. – 106 с.
22. *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.
23. *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.

**Крапив'янський А.В., Куртакова А.О. Судовий прецедент – джерело права країн англосаксонської правової сім'ї**

У статті досліджуються поняття та сутність судового прецеденту як джерела права країн англосаксонської правової сім'ї. Надається порівняльний аналіз англосаксонського прецеденту з континентальним прецедентом.

**Ключові слова:** судовий прецедент, відхилення прецеденту, розрізнення прецеденту.

**Крапивянский А.В., Куртакова А.А. Судебный прецедент – источник права стран англосаксонской правовой семьи**

В статье исследуются понятие и сущность судебного прецедента как источник права стран англосаксонской правовой семьи. Предоставляется сравнительный анализ англосаксонского прецедента с континентальным прецедентом.

**Ключевые слова:** судебный прецедент, отклонение прецедента, разграничение прецедента.

**Krapivnyansky A.V., Kurtakova A.A. Judicial precedent - the source of the right-anglosak sonskoi legal family**

The article deals with the concept and essence of judicial precedent as a source of rights of Anglo-Saxon legal family. Available comparative analysis of Anglo-Saxon precedent in continental precedent.

**Key words:** judicial precedent, overruling of precedent, distinguishing of precedent.