



Валерій Кононенко,

кандидат юридичних наук,
адвокат

УДК 341.645.5

Правотворчість судової практики

Про права людини в сучасному світі багато говориться, їм уділяється велика увага, але високий статус інституту прав людини, поза сумнівами, є результатом створення і роботи міжнародних контрольних механізмів, покликаних забезпечувати виконання договірних правозахисних договорів державами, що їх підписали. В системі Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Європейська конвенція, Конвенція, Конвенція 1950 р.) таким є Європейський суд з прав людини (далі – Суд, Європейський суд, ЄСПЛ), який функціонує на постійній основі. З урахуванням того, що багато норм Конвенції 1950 р. мають оціночний характер, суттєво підвищується значення судових рішень для розуміння її змісту, а також протоколів до неї. Оціночні поняття відбивають юридичну особливість дій, явищ, об'єктів, але при цьому їх ознаки формально не визначені. Це зумовлено тим, що договірні сторони не змогли або не вважали за потрібне повністю вилучити елемент нефіксованості зі змісту вживаних у Конвенції понять. Дослідники підкреслюють у якості особливостей застосування її норм фор-

мування правових позицій Європейського суду щодо тлумачення положень цього міжнародного документа в рішеннях, прийнятих за результатами розгляду конкретних справ. Стосовно цих правових позицій Суду використовуються такі терміни, як “практика”, “юриспруденція”, “прецедент”, “прецедентна практика” тощо. Їх значення нерозривно пов'язано з розумінням юридичної природи рішень ЄСПЛ, який свою практику називає “прецедентне право”. Виникає низка запитань. Що треба розуміти під прецедентним правом Суду і чи є воно дійсно таким? Яким є вплив практики Європейського суду на національне законодавство України? Чи є його рішення частиною законодавства України, а якщо так, то: а) які саме рішення Суду є частиною національного законодавства – винесені щодо України чи всі; б) що саме є обов'язковим для України – тільки резулятивна частина рішення по конкретній справі щодо України, чи *ratio decidendi* (сутність рішення) і що треба мати на увазі під цим останнім; в) як рішення повинні застосовуватися – безпосередньо чи після видання спеціального нормативного акта за мотивами такого рі-

шення; яким саме органом такі акти мають видаватися і в який строк; г) ким і в який спосіб мають застосовуватися ці рішення – виключно судами чи всіма правозастосовними органами?

Як бачимо, життя ставить досить багато запитань, відповіді на які не можна відкладати, бо сьогодні надзвичайно гостро постає проблема узгодження законодавства України з нормами міжнародного права.

Питання інтерпретації і застосування Конвенції 1950 р. Європейським судом і судами України вивчалися В. М. Ватаманюком, В. Є. Мармазовим, С. В. Шевчуком та ін. Його аналізували такі російські науковці, як А. Б. Венгеров, Є. Врублевський, Ю. Д. Ільїн, В. О. Туманов, азербайджанський вчений Л. Г. Гусейнов, західні фахівці Ж.-Л. Бержель, В. Бертам, Ф. Тетчер та ін.

Правову природу рішень ЄСПЛ розглядають у своїх працях такі сучасні українські правознавці, як К. В. Андрианов, А. С. Беніцький, В. Г. Буткевич, Ю. Є. Зайцев, В. А. Капустинський, В. В. Кострицький, М. В. Мазур, В. Т. Маляренко, П. М. Рабінович, В. С. Стефанюк, С. Р. Тагієв, та інші, а також російські фахівці О. Ю. Водянніков, Б. Л. Зіменко, М. М. Марченко й західні науковці Л. Вільдхабер, М. де Сальвіа та ін.

Європейський суд з прав людини з перших років своєї діяльності послідовно дотримується принципів прецедентного права, посиляючись на свої попередні рішення, рішення Європейської комісії з прав людини або усталене прецедентне право й пояснюючи це “інтересами правової визначеності” [1, с. 230]. Суд у власних рішеннях і постановах, опираючись на свої попередні акти, використовує словосполучення “the case law” (“прецедентне право”). Наприклад, п. 24, рішення в справі “Романченко проти України”. Формулювання поняття “усталена практика Суду” міститься в ст. 8 Протоколу № 14 до Конвенції 1950 р. [2, с. 47]. В

англійськомовному примірнику цієї статті говориться: “the subject of well-established case law of the Court” [Цит. за: 3, с. 100].

Судом також використовується термін “jurisprudence” (“судова практика”) як рівнозначний, який так звучить у французькому варіанті ст. 8 Протоколу № 14: «...l’objet d’une jurisprudence bien etablie de la Cour» [4, с. 146]. Та чи є вони рівнозначні, або справа у чомусь іншому?

Варто також зазначити, що, на відміну від англосаксонської правової сім’ї, де застосовується поняття “прецедент”, у країнах континентального права для характеристики розглядуваного явища застосовують інший термін – “судова практика”, який при цьому тлумачиться в широкому й вузькому значеннях. У першому вона розглядається як синонім судової діяльності в цілому, у другому (вузькому) її розуміють як правове положення, правило, визначення-дефініцію, вказівку, вироблені в перебігу судової діяльності й наділені певною мірою узагальненості, загальнообов’язковості.

С. В. Шевчук з-поміж форм судового права вирізняє судову практику, усталену судову практику (jurisprudence constante), судовий прецедент, правову позицію, правоположення. На його думку, форми судового права мають спільні ознаки, а саме: а) неписаний характер, тобто приймаються суддями, а не законодавцем; б) походять із забезпечення необхідності відправлення правосуддя і формуються здебільшого в процесі застосування й тлумачення норм права при розгляді конкретної справи; в) забезпечуються державою через діяльність органів по виконанню судових рішень; г) розвиваються на підставі встановлених у судовому засіданні юридичних фактів і життєвих обставин; д) залежать від менталітету суддів і рівня розвитку доктрини; е) у системі джерел права можуть мати

самостійний або підпорядкований характер [5, с. 14].

В. Ю. Соловйов розглядає судову практику як єдність судової діяльності по здійсненню правосуддя й досвіду останньої, що об'єктивується у форму судових рішень, які набрали законної сили [6, с. 101]. А. Фердросс наприкінці 50-х років переконував, що судові рішення ніколи не може спиратися виключно на окреме попереднє рішення або на доктрину. Воно може їх використати з метою встановлення ще недостатньо забезпеченої норми міжнародного права. Іншими словами, судова практика й доктрина – це не самостійні джерела міжнародного права, а лише допоміжні засоби, що служать для з'ясування нечітких положень права [7, с. 164].

А. Б. Венгеров зауважує, що розгляд судового прецеденту як форми права органічно зв'язано з таким питанням: а сама по собі судова практика чи є джерелом права? У цьому зв'язку необхідно зазначити, що треба розуміти під судовою практикою, а вже потім відповіді на запитання, чи є вона тільки застосуванням закону, чи формулює й саме право, що доповнює законодавство. Він указує, що судова практика – це не просто розгляд судами тих чи інших справ, не просто діяльність судових органів, обумовлена, оцінена в показниках статистики. Такий підхід до діяльності суду існує, але він виходить із презумпції, що суд – це просто “вуста” закону, що суд не творить права. Однак існує й інше визначення судової практики: це така діяльність судових органів, у результаті якої деталізуються й конкретизуються закони, виробляються правоположення. У цьому підході визнається творча роль суду, коли результатом розгляду однорідних справ є однорідні рішення, складаються стійкі зразки, приклади розуміння тих чи інших юридичних понять, термінів [8, с. 421]. Судова практика, як система

підсумків судової діяльності, узагальнюється й закріплюється в керівних роз'ясненнях верховних судів тощо. На думку А.Б. Венгерова, якщо в результаті діяльності суду виникають або чіткі правові норми, або такі утворення, як правоположення, що можуть перерости в норму, судова практика дійсно стає джерелом (формою) права. Виникає запитання: а в якій же якості? Відповідь: як орієнтир, приклад для вирішення конкретних, аналогічних справ – і не більше того. Принаймні, концепція “живого права” свідчить, що право – це не те, що записано в законах, а те конкретне майнове та інше задоволення претензій, яке отримує через суд учасник спору. Ця концепція стверджує, що саме судові рішення і є “живим”, тобто реально існуючим правом [8, с. 422].

С.С. Алексеев говорить, що право “зобов'язано бути живим”, негайно й адекватно реагувати на різноманітні життєві ситуації. Закон же при всіх його достоїнствах, у тому числі й здатності за допомогою нормативних узагальнень охоплювати безліч життєвих обставин сьогодення й майбуття, не в змозі пропонувати в кожному мить ідеального, математично відпрацьованого типізованого еталону (норми) для вирішення спору у відносинах, що розвиваються. І от за вимогою самого життя, за самою логікою права на допомогу закону приходять інститут правосуддя, виражений в діяльності суду, у його практиці [9, с. 118].

Визнаючи судову практику джерелом права, М. М. Коркунов робить застереження, що цю тезу не слід розуміти так, щоб раз прийняте судом рішення якого-небудь спірного питання безумовно зв'язувало суд на майбутнє. Але сталість судової практики і визначеність юридичних відносин, що зумовлюються нею, має важливе значення. Одне з перших умов правосуддя – це застосування законів до всіх однаково, що неможливо без одностайної, сталої судової практики [10, с. 361]. Не

випадково ЄСПЛ завжди схильний підтримувати ті настанови, що вже прийняті попередньою практикою. Потрібні дуже серйозні й вагомі підстави, щоб схилити суд до зміни його усталеної практики. Тому раз прийнята судом позиція буде підтримуватися ним і в наступних рішеннях.

Вітчизняна правова наука пізнішого періоду стверджувала, що судова практика не може бути повноцінним джерелом права. Представляючи об'єктивований досвід реалізації права, вона не повинна встановлювати первинні норми, вносити доповнення й зміни в загальні нормативні розпорядження. С. С. Алексєєв називає її роль чисто службовою, допоміжною – конкретизувати в процесі тлумачення юридичні норми з урахуванням певної обстановки в рамках застосування права [Див.: 11, с. 186].

О. Ф. Скакун відносить судову практику до допоміжного джерела права романо-германського типу. Вона переконує, що відповідно до чинної доктрини права (правові норми приймаються парламентом й уповноваженими ним органами) судовій практиці не відведено ролі джерела права. Але об'єктивно спостерігається явне зростання ролі судового прецеденту в правотворчій діяльності держави, чому сприяють недосконалість законодавства й піднесення третьої влади – судової, що дозволяє суддям розроблювати принципові рішення, уточнювати положення закону в такий спосіб, що народжуються нові норми, так звані правоположення судової практики. У своєму загалі вони є результатом діяльності суддів касаційних судів як вищих судових інстанцій. Підтвердження касаційним судом рішень, особливо прийнятих на підставі аналогії або загальних принципів, може сприйматися іншими судами під час вирішення подібних справ як фактичний прецедент. Але між нормами, що опрацьовані судовою практикою, й

нормами, створеними законодавчим органом, є відмінності. Дія судової практики в державах романо-германського типу відбувається в межах, установлених законодавцем. Створена судовою практикою правова норма є обмеженою, оскільки не має такої ж всеобов'язковості й узагальненості як норма права, що виходить від парламенту. При розгляді нової справи вона може не враховуватись. У цьому полягає головна відмінність норми, створеної в перебігу судової діяльності країн, що належать до романо-германської групи, від пріоритетного положення судового прецеденту в країнах англо-американського права [12, с. 584-586].

С. П. Погрібняк під судовою практикою розуміє різновид юридичної практики, який полягає в правозастосовчій, інтерпретаційній і правотворчій діяльності судів, яка втілюється в певних видах юридичних актів. Функції судової практики – це основні напрямки її впливу на правову систему, які виражають її сутність і соціальне призначення [13, с. 93].

Р. Давід підкреслює, що судова практика відмовляється створювати правові норми тому, що це, на думку суддів, є справою законодавця й урядової або адміністративної влади, уповноваженої на це законодавцем. Чи можна вважати, що, незважаючи на таку скромність, у дійсності судді все ж таки створюють правові норми? В усякому разі між нормами, запропонованими судовою практикою, й нормами, закріпленими законодавцем, є дві важливі відмінності. Перша пов'язана з роллю в цих норм в системі права. Так, судова практика діє в рамках, установлених для права законодавцем, тоді як діяльністю останнього є їх окреслення. Значення права, створюваного судовою практикою, вже в силу цього є обмеженим. Друга полягає в тому, що правова норма, створена судовою практикою, не має авторитету, притаманного законодавчим нормам.

Вона недостатньо міцна, її можна в будь-яку мить усунути або змінити у зв'язку з розглядом іншої справи. Судова практика не пов'язана нормами, які вона сама запропонувала. Поворот у судовій практиці весь час є можливим і судді не зобов'язані його обґрунтовувати, бо він не посягає на право, не загрожує його принципам. Норма, утворена судовою практикою, існує й застосовується лише тою мірою, якою судді вважають її прийнятною. Ще з середніх віків, вважалося, що правова норма повинна мати доктринальне або законодавче походження. Тільки ретельно продумана, вона в змозі охопити типові випадки, які могли міститися у фактичному складі конкретної судової справи. Вважається принципово важливим, щоб суддя не перетворювався на законодавця, хоча цього інколи намагаються досягти в країнах романо-германської правової сім'ї. У той же час формула, згідно з якою судова практика не є джерелом правових норм, є неточною для цих країн. "Не конкретні приклади, а закони мають юридичну силу" [14, с. 98-99]. Отже, не можна не визнавати значного впливу судової практики на правові норми.

У п. 29 рішення по справі "Крюслен проти Франції" ЄСПЛ указав, що судова практика традиційно відіграє настільки істотну роль у континентальних країнах, що цілі напрямки позитивного права значною мірою є її результатом. [100, с. 670].

Л. О. Корчевна визнає за судовою практикою правотворчу роль і підкреслює, що в державах романо-германської правової сім'ї вона здійснюється за двома напрямками: а) правом створювати обов'язкові прецеденти наділені верховні суди (вертикальна юрисдикція прецедентів) і б) визнаються дискреційні повноваження суддів посилається (або ні) на рішення нижчих судів (паралельна юрисдикція прецедентів). Підставою обов'язковості суддівської

норми є авторитет традиції прецеденту, яка закономірностями виникнення, розвитку й функціонування судового права вважає: а) преторіанське або доктринальне правосуддя, б) дискреційність повноважень суддів, г) вертикальну юрисдикцію прецедентів; г) паралельну юрисдикцію прецедентів, д) розумність прецеденту, е) його справедливість [15, с. 12].

На думку Г. Кельзена, народжена на ґрунті англо-американського загального права теорія, буцімто лише суди виробляють право, є так само однобокою, як і теорія, виплекана європейсько-континентальною юридичною думкою, начебто суди взагалі не творять права, а тільки застосовують уже створене. Ця теорія зводиться до того, ніби існують лише загальні правові норми, а друга – ніби правові норми є тільки індивідуальні. А правда лежить десь посередині: суди створюють право, як правило, індивідуальне, у межах правового порядку, що запроваджує законодавчий орган чи визнає звичай як правотворчий чинник. І вони застосовують загальне право уже вироблене шляхом законодавства чи узвичаєння. Отже, як вважає вчений, судові рішення є продовженням, а не початком процесу створення права [15, с. 281].

У більшості правових систем закон – це ще не все право і роль судді тут не обмежується декларацією статуту: його наділено додатковим правом застосування, тлумачення й адаптації текстів правових актів. Це право інколи прирівнюється до нормативного, навіть коли воно не є головним правостворюючим джерелом (приміром, у країнах загального права). Формальні правила, що вводяться від імені публічної влади, завжди недостатні, оскільки вона не має можливості заздалегідь передбачити всі варіанти розвитку правовідносин. Тому з'являється необхідність звернутися до неформальних правил, що спираються на авторитет досвіду –

як у випадках зі звичаєм чи на авторитет розуму – у випадку з тлумаченням. Різні джерела права всі разом беруть участь у формуванні суспільного устрою й доповнюють функціональні відносини природними. Так, прийнято протиставляти звичай – тлумаченню, неорганізовані способи формування права, судову практику – офіційним джерелам права. Буває, що звичаєве право саме виявляється продуктом органів державної влади, які при виконанні своїх функцій і здійсненні конкретних дій неодмінно застосовують практику, яку для себе вважають обов'язковою. Навіть на рівні конституції й інститутів найвищого рівня звичай продовжує жити, й оперування ним є обов'язковим, при цьому влада звичаю може перевершувати владу закону.

Звичай є істотним джерелом міжнародного публічного права. Навіть у сфері права приватного, де він генерується соціальною групою, а не публічною владою, його авторитет тісно пов'язаний з авторитетом закону й судової практики. Значить, звичай і загальноприйняті правила створюють доповнення до закону. У цілому ж, навіть коли він виробляється без участі публічної влади, звичай вводиться в практику тільки за її посередництвом. А за допомогою судів застосовується і закріплюється на правах закону. Проте звичай не може суперечити імперативним законам. Для ефективного проникнення в царину позитивного права звичаю достатньо бути прийнятим на рівні державної влади. Тлумачення, ґрунтуючись на матеріалі законів, прецедентів чи звичаїв, які воно використовує чи критикує, одержує позитивне значення, тільки якщо закріплюється у звичаї, законі, судовій практиці, тобто якщо засвоюється на законодавчому й судовому рівнях.

Крім того, процес формування права – це доволі прогресуюче явище. Звичай народжується в

результаті узагальнення окремих фактів, їх повторення в достатній кількості протягом відповідного періоду, тобто це узагальнена і усталена практика. Судова практика також народжується з окремих актів. Коли суддя не може винести рішення як загальнообов'язкову постанову, воно не вважається джерелом права. І тільки повторення прецедентів формує судову практику. Ієрархія судових органів різних юрисдикцій та авторитет верховних судів призводять (принаймні, на практиці) до того, що суди на місцях повинні дотримуватися преторіанських правил. Але все-таки закон, судова практика, звичай, тлумачення – це різні засоби досягнення однієї й тієї ж мети – самодостатньої організації суспільства [16, с. 145-149]. Ж.-Л. Бержель визнає, що в усіх розвинених країнах право народжується з офіційних джерел, закону та судової практики. Якщо взаємовідносини законодавця й судді змінюються від однієї правової системи до іншої, а в межах однієї системи залежать від епохи й конкретного питання, це може пояснюватися технічними причинами. Романські витоки деяких правових систем, їх політична й конституційна ідеологія, традиція покладатися на викладений письмово закон, передбачають панування останнього. Брак самодостатнього корпусу письмово викладених правових положень у системах англосаксонського світу, історична традиція й повага до королівських судів породили тут правову систему, побудовану на прецеденті. Але необхідність збереження внутрішнього взаємозв'язку всієї системи вимусила англосаксонське право визнати, що закон має своє самостійне й усе більш значне місце. У французькому праві, навпаки, це ж саме мало місце, коли суддя, який займається адміністративними питаннями, за браком самодостатньої системи текстуального права, був вимушений брати участь у створенні

системи права преторіанського типу [16, с. 116].

Отже, закон та судова практика з'являються з офіційних джерел в той час, коли звичай та тлумачення, як правило, не породжуються інститутами, наділеними функціями правотворчості. Правило, обов'язкове к виконанню, повинно бути відоме усім; закон повинен бути опублікований і його публікація надає можливість інформувати усі заінтересовані сторони. Але дехто вважає, що право втрачає свою гнучкість, коли стає викладеним, а звичай зберігає свою рухливість, необхідну для постійного процесу адаптації [16, с. 103].

Ми бачимо, що наразі доктрина не має однозначної відповіді щодо правотворчої компетенції судової практики. Особисто автор згоден з думкою С.С. Алексєєва, що остання конкретизує в процесі тлумачення юридичні норми; і з тим, що суд не може створювати самостійні правові

норми: при вирішенні конкретних юридичних справ він повинний звернутися до закону, що регулює подібні випадки, чи керуватися цілями і принципами діючого законодавства. Хоча діяльність суду і має ознаки правотворчості, він фактично тлумачить чинне на момент розгляду справи законодавство, керуючись його цілями і принципами, враховуючи наміри законодавця (сторін міжнародного договору), загальні принципи права тощо. Це відповідає вище наведеному висловлюванню Р. Давіда про дію судової практики в рамках, встановлених законодавцем, та не протирічить згаданим позиції Г. Кельзена, що суди створюють індивідуальне право у межах правового порядку, що запроваджує законодавчий орган чи визнає звичай як правотворчий чинник. Отже, нема підстав розглядати практику Європейського суду з прав людини як самостійний вид джерел права.

Список використаних джерел

1. *Мазур М. В.* Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України: Навч. посіб. Луган. держ. ун-ту внутр. справ / М. В. Мазур, С. Р. Тагієв, А. С. Беніцький, В. В. Кострицький. – Луганськ: РВВ, 2006. – 600 с.
2. *Проти катувань.* Європейські механізми запобігання катуванням та поганому повоженню / Харків. Правознав. гр. – Х.: Права людини, 2007. – 228 с.
3. *Protocol № 14* // Практика Європ. суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2006. – № 2. – С. 97-104.
4. *Protocole № 14* // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2006. – № 2. – С. 143-150.
5. *Шевчук С.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – 640 с.
6. *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судейское право / М. Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – 512 с.
7. *Фердросс А.* Международное право / А. Фердросс. – М.: Изд. иностр. лит., 1959. – 652 с.
8. *Венгеров А. Б.* Теория государства и права: Учебник для юрид. вузов / А. Б. Венгеров. – М.: Новый Юрист, 1998. – 624 с.
9. *Алексеев С. С.* Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи / С. С. Алексеев. – М.: Статут, 2000. – 256 с.

10. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. – 430 с.

11. Хропанюк В. Н. Теория государства и права: Учеб. пособ. для высш. учеб. завед. / Под ред. В. Г. Стрекозова / В. Н. Хропанюк. – М.: ИКФ ОМЕГА-Л; Интерстиль, 2003. – 382 с.

12. Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник / О. Ф. Скакун. – Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – 704 с.

13. Погрібняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї / С. Погрібняк // Вісн. Акад. прав. наук. – 2003. – № 4 (35). – С. 92-99.

14. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М.: Междунар. отношения, 2003. – 400 с.

15. Корчевна Л. О. Проблема різноджерельного права: дослід порівняльного правознавства: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра. юрид. наук: спец. 12.00.01 “Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень” / Л. О. Корчевна. – К.: Видавничий центр ІДП, 2005. – 36 с.

16. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель. – М.: Изд. дом NOTA BENE, 2000. – 576 с.

Кононенко В. П. Правотворчість судової практики

Стаття присвячена дослідженню джерел міжнародного права, проблеми судової правотворчості. Досліджується правова природа рішень Європейського суду з прав людини. Робиться висновок, що судова практика діє в рамках, встановлених законодавцем, та є «живим», тобто реально існуючим правом.

Ключові слова: прецедент, джерело права, судова практика.

Кононенко В. П. Правотворчество судебной практики

Статья посвящена исследованию источников международного права, проблеме судебного правотворчества. Исследуется правовая природа решений Европейского суда по правам человека. Делается вывод, что судебная практика действует в рамках, установленных законодателем, и является «живым», т.е. реально существующим правом.

Ключевые слова: прецедент, источник права, судебная практика.

Kononenko V. legislating jurisprudence

The article deals with the sources of international law, the issue of judicial lawmaking. The author examines the legal nature of the European Court of Human Rights. It is concluded that the jurisprudence operates within the framework established by the legislator, and is "alive", that is actually existing law.

Key words: case, source of law, judicial practice.