

УДК 340.142

Роман Майданик,

доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України,
завідувач кафедри цивільного права Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ В ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті розглядаються актуальні тенденції розвитку джерел вітчизняного права, особливості судової правотворчості, а також основні чинники, що визначають перспективи розвитку доктрини судового прецеденту та його місце в правовій системі.

Ключові слова: судовий прецедент, судове рішення, джерело права.

1. Тенденції джерел права і перспективи судового прецеденту в українському праві

В українській правовій системі традиційно визначальне місце в ієрархії джерел права посідає закон, що регулює всі типові та найважливіші нетипові суспільні відносини.

Водночас в українському праві спостерігається тенденція до уточнення ідеї півної ролі закону шляхом підвищення ролі судової практики в поєднанні з поступовим послабленням примату закону і визнанням його переважно виразником загальних принципів.

На основі закону як первинного джерела права поступово формується необхідна правова інфраструктура для створення і дії судового прецеденту як вторинного джерела права, похідного від закону.

Одна з причин тенденції до визнання судового прецеденту вторинним джерелом права зумовлена характерною для українського права нестабільністю і фрагментарністю законодавства, яке містить у неординарних випадках нечіткі та суперечливі норми, що в поєднанні з обмеженням повноважень Верховного Суду України невинувато послаблює його вплив на забезпечення єдності судової практики, сприяє застосуванню судами різних підходів до тлумачення законодавства, призводить до невизначеності закону, його суперечливого і довільного застосування.

Єдність судової практики невідривна від верховенства права. З позиції верховенства права забезпечення єдності судо-

вої практики є його складовою. Єдність практики сприяє не лише стабільності судової системи, а й забезпеченню принципів визначеності та правової впевненості, які є одними з головних вимог верховенства права. Єдність судової практики повинна забезпечувати верховенство права і зводиться до однакового застосування норм матеріального або процесуального права, яке засноване на законі і не суперечить вимогам верховенства права [1].

В таких умовах незбалансованості судова система як жодна інша потребує запровадження додаткових засобів її узгодженого функціонування, зокрема й досягнення єдності судової практики, одним з яких є інститут судового прецеденту [2].

Традиційно судовий прецедент нормативно ніколи не визнавався джерелом українського права, що відповідає властивій континентальному праву традиції визнання закону основною формою фіксації норми права.

На відміну від країн англо-американського права, де судовий прецедент традиційно відіграє першорядну роль, є основним джерелом права, в країнах Європейського континенту, в тому числі й в Україні, спостерігається рух до визнання судового прецеденту в ролі субсидіарного джерела права [3].

Тенденція до розширення переліку джерел права, що спостерігається на всьому пострадянському просторі [4], пов'язана не тільки з впливом європейського права, а й з переглядом доктрини в цілому, що ґрунтується на відході від позитивістських начал [5] і сприйнятті ліберально-правових концепцій розуміння сутно-

сті права (школи природного, соціологічного, цивілізаційного (культурологічного) права).

Зазначена тенденція в українському праві знайшла нормативне відображення в концепції обмеженого судового прецедента (квазіпрецедента), що передбачає застосування судового прецеденту як похідного джерела права і засобу нормативного тлумачення закону у визначених ним випадках.

У вітчизняному праві судовий прецедент лише в останнє десятиріччя в юридичній науці став предметом глибокого аналізу як нового джерела права, що зумовлює істотні зміни в усталених традиціях правозастосування і стилі правового мислення в країні загалом.

У романо-германській правовій сім'ї власне явище, що іменується прецедентом, є багатозначним і відрізняється від судового прецеденту в системі загального права. Юристи цих правових сімей використовують різні логіко-методологічні стандарти: якщо в романо-германській правовій сім'ї, де за судовою практикою визнається вторинний характер, юрист мислить дедуктивно, від загального до окремого, то в англо-американській, навпаки, юридичне мислення індуктивне, від окремого до загального, спрямоване на виявлення ключових аналогій і переходу від них до загальної класифікації.

Враховання цих особливостей слід розглядати передумовою імплементації у вітчизняне судочинство як практики Європейського суду з прав людини [6], інших судових рішень прецедентного характеру, так і концепції судового прецеденту загалом.

Тенденція до розширення сфери застосування судового прецеденту зумовлює додаткову актуальність наукової дискусії щодо доцільності судового прецеденту в українському праві.

У сучасній юридичній науці ведеться дискусія щодо доцільності визнання рішень судів судовими прецедентами.

Опоненти визнання судового прецеденту джерелом українського права звертають увагу на те, що при здійсненні правосуддя суду достатньо застосовувати норми права, а не створювати їх. Тому компетенція суду має обмежуватися тлумаченням норм права і не передбачати нормотворчих повноважень.

Прихильники концепції судового прецеденту звертають увагу на те, що «...за-

стосування прецеденту в правовій діяльності нашої країни є нагальною потребою, для реалізації якої створені як правові, так і політичні передумови» [7].

Деякі автори вважають, що «Україна рухається до прецедентної системи права. Її використовує весь світ, і кращої поки не вигадано: лише судова влада заповнює прогалини в законодавстві і дає роз'яснення, які ніхто інший надати не може. Єдина проблема — реєстрація рішень, адже в різних регіонах країни виносять абсолютно різні рішення з одного й того ж питання» [8].

Основна ідея такого підходу полягає в тому, що судові прецеденти виконують значну роль у правовому регулюванні, оскільки завдяки їм конкретизуються закони, заповнюються прогалини в праві. Такими прецедентами в Україні пропонується визнати рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду України [9].

Інша група авторів заперечує існування в Україні прецедентної системи права, хоч і не виключає такої можливості. При цьому звертається увага на те, що «Україна ще не готова до визнання прецедентної системи права, оскільки для цього потрібен певний рівень довіри до суду, якого бракує українцям. Але до цього треба прагнути» [10].

У сучасній юридичній літературі нерідко обґрунтовується позиція про те, що судова практика вже є джерелом права [11].

Прихильники такого підходу вважають, що до числа судових актів, які містять нормативні приписи, можуть бути віднесені: рішення Конституційного Суду України; нормативне тлумачення Пленуму Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів; рішення судів загальної юрисдикції, що скасовують дію нормативних актів; рішення судів за аналогією закону та права, а також на основі норм права, що містять оціночні поняття; рішення Європейського суду з прав людини [12].

Той факт, що в сучасних умовах немає підстав для заперечення регуляторної функції актів вищих судових інстанцій та їх ролі у вирішенні колізій в чинному законодавстві [13], можна вважати лише однією з умов для визнання таких актів джерелом права і нормативно обов'язковими.

Для визнання зазначених правових актів повноцінним джерелом права необхідно, щоб такі правові акти мали нормативний характер та були обов'язковими для всіх учасників цивільних відносин, а не лише для учасників спору.

Зокрема рішення найвищих судів за аналогією закону та права за певних умов можна визнавати нормативними та обов'язковими як для учасників спору, так і для будь-яких третіх осіб при вирішенні в майбутньому інших подібних справ з питань права.

У літературі неоднозначно сприймається питання щодо пропозиції визнання рішень судів загальної юрисдикції, що скасовують дію нормативних актів, судовими актами, які містять нормативні приписи.

Опоненти «нормативності» такого роду рішень зазначають відсутність у судів права скасовувати нормативний правовий акт, визнаний таким, що не відповідає закону.

У цьому зв'язку зазначається, що «скасування нормативного правового акта (як і його прийняття та зміна) — це прерогатива правотворчих органів, а не суду. Суд же вправі давати лише юридичну кваліфікацію (правову оцінку та характеристику) розглядуваного нормативного правового акта в сенсі його відповідності чи невідповідності закону. Рішення судового органу про невідповідність розглядуваного нормативного правового акта закону — лише підстава для скасування цього акта компетентним правотворчим органом, а не саме скасування. Таке рішення є також лише підставою (юридичним фактом), з яким законодавець (і чинне право) пов'язують певні наслідки (втрата чинності акта, його незастосування судами тощо). Але ці наслідки — це вже заздалегідь встановлені законодавцем правові норми, а не норми права, створювані самим судом» [14].

Особливо важливе значення має системний підхід у вирішенні питання щодо визнання рішень суду судовими прецедентами, що вимагає визначення поняття і місця судового прецеденту в системі джерел права (зокрема його співвідношення із законом, звичаєм, іншими джерелами права), механізму створення та дії судового прецеденту.

Для повноцінного впровадження інституту судового прецеденту в україн-

ське право необхідно визначити суб'єктів створення прецеденту (зокрема вищі судові інстанції, апеляційні суди, перша інстанція з найбільш важливих справ), нормативно обов'язкову (*ratio decidendi*) і необов'язкову (*obiter bitem*) частини судового прецеденту, умови його дії в часі, серед кола осіб, порядок застосування, зміни і скасування тощо.

2. Форми нормативного впливу судів і сфера судової правотворчості в українському праві

На відміну від доктрини англійського прецеденту, поняття і місце судового прецеденту в Україні, як й в інших країнах континентального права, зумовлені приналежністю цих правопорядків до романо-германської правової сім'ї, з притаманною їй спрямованістю актів правосуддя на вирішення конкретного спору шляхом тлумачення норми закону, яка не може суперечити нормі закону і зазвичай не допускає створення нового загальнообов'язкового правила.

Доктрина і законодавство країн континентального права визнають дві форми і механізми впливу судів на норму права: прямого та опосередкованого впливу на норму права.

Форми (механізми) прямого впливу нормативного характеру передбачають можливість окремих судів безпосередньо впливати на саме існування норми права. Вони можуть перешкоджати введенню її в дію, сприяти визнанню норми недійсною або такою, що не підлягає застосуванню.

Механізм опосередкованого впливу являє собою власне судову практику, і полягає в праві однієї чи кількох судових інстанцій контролювати, не впливаючи безпосередньо, як на саму норму, так і на ієрархію норм, інтерпретацію норм права звичайними судами в процесі розгляду конкретних справ. Опосередкований вплив судової діяльності на норми права після набрання чинності ними проявляється в двох аспектах. У конкретній справі опосередкований вплив полягає в оцінці відповідності норми та її застосування законодавству, з одного боку, і в тлумаченні норми в процесі її застосування, з іншого боку [15].

В Україні відсутня обов'язковість прецеденту, що, однак, не означає недо-

тримання судами попередньої судової практики. За загальним правилом, суддя може відмовитися слідувати такій попередній практиці, проте, у такому випадку юридична техніка вимагає від судді надати вичерпне обґрунтування такого кроку.

Згідно з існуючою історичною традицією і пануючою в Україні концепцією «усталеної судової практики» судові рішення не визнаються джерелом права, хоча на практиці рішення вищих судів та апеляційних судів визнаються авторитетним джерелом для встановлення змісту права і мають фактичну силу, оскільки закон визначає за цими судовими інстанціями відповідно наглядову та апеляційну юрисдикції, а висновки, які містяться в рішеннях Верховного Суду України з питань неоднакового застосування норми матеріального права касаційною інстанцією, є обов'язковим викладенням українського права й тому зв'язують нижчі суди України.

Українській доктрині «усталеної судової практики» кореспондує вітчизняна методологія тлумачення й застосування права, яка ґрунтується на визнанні законодавства первинним джерелом, а раніше прийнятих рішень вторинною інформацією, на яку суд може звернути увагу при вирішенні справи.

При проведенні українським судом тлумачення й застосування українського права такий суд повинен спочатку розглянути законодавство з тим, щоб віднайти положення, що безпосередньо регулює питання, які постали у справі, а потім дослідити положення, які можуть бути застосовані за аналогією. Лише як на вторинну інформацію суд має звернути увагу на раніше прийняті рішення, які можуть або не можуть відбивати зміст законів для поточної мети.

Тому неприпустиме використання прецеденту вищого суду як первинного джерела для вирішення справи, оскільки «методологія континентального права вимагає спочатку дослідити законодавство» [16].

При цьому загальна презумпція не обов'язковості прецедентів і невизнання судового рішення джерелом українського права фактично заперечується визнанням правомірною судовою правотворчістю, яка може не узгоджуватися з положеннями законодавства, у якому «конфлікт зі справедливістю досяг настільки нестерп-

ного ступеня, що такий закон повинен вважатися нікчемним, а такий закон позбавлений самої властивості права» [17].

Судова правотворчість присутня в прецедентах тлумачення, тобто в судових рішеннях, у яких тлумачаться положення закону, сформульованого досить загально, нечітко чи містять прогалини, що змушує суди вдаватися до конкретизації законодавчих положень при їх застосуванні.

Як зазначають німецькі професори Р. Алексі та Р. Драйер, такі рішення з позицій формальної характеристики норми права, що є наслідком такої конкретизації, є частиною законодавства, але у матеріальному сенсі вони становлять правові норми, сформульовані у судовому рішенні, тобто в прецеденті, і замасковані під писане право [18].

Наведене свідчить, що в Україні судді «створюють» право тією мірою, якою конкретизують загальне та абстрактне правило, що викладене у кодексі чи законі [19].

3. Поняття судового прецеденту в українському праві

У сучасному українському праві і доктрині чітко не визначено місце судового прецеденту в системі джерел сучасного українського права, що зумовлює необхідність виявлення поняття таких рішень суду, умов їх застосування та відмежування від суміжних правових конструкцій.

В юридичній науці сам термін «прецедент» розглядається в кількох значеннях: 1) раніше прийняте рішення, яке певним чином стосується справи, що розглядається; 2) будь-яке рішення, на яке посилаються наступні рішення; 3) рішення, яким вперше вирішуються нові правові питання; 4) рішення, яким певне правове питання вирішено у новий спосіб або найдокладніше та в оригінальний спосіб [20].

У власному розумінні судовий прецедент є винесеним у конкретній справі рішенням суду вищої інстанції, обов'язковим для судів тієї самої або нижчої інстанції до застосування при вирішенні аналогічних питань з однорідних категорій справ.

Сутність судового прецеденту полягає у наданні нормативного характеру актам

суду. Тому під судовим прецедентом часто розуміється рішення суду в конкретній справі, яке є обов'язковим при розгляді аналогічних справ у майбутньому [21].

У доктрині також обґрунтовується розуміння судового прецеденту в широкому розумінні, що являє собою «рішення у конкретній справі, що є обов'язковим для судів тієї ж або нижчої інстанції при вирішенні аналогічних справ або є зразком тлумачення закону, що не має обов'язкової чинності» [22].

З огляду на ієрархічність прецеденту та обмежене коло суб'єктів його створення вищими судовими інстанціями, в літературі пропонується визнавати судовим прецедентом не всю судову практику, а лише ту її частину, яка створюється в результаті діяльності вищих судових інстанцій в ході судового розгляду справ у другій інстанції і з особливо складних справ — у першій, а також у ході тлумачення законів вищими судовими інстанціями [23].

У зв'язку з цим у вітчизняній доктрині існують різні підходи щодо кола судів, які вправі створювати судові прецеденти.

Зазвичай вважається, що прецедент, на відміну від судової практики, створюється окремим прийнятим судовим рішенням, яке вправі приймати тільки вищі судові інстанції.

Протилежної позиції дотримуються автори, які вважають необов'язковим створення судового прецеденту саме судами вищої інстанції. Прихильники такого підходу вважають, що рішення може бути визнане прецедентом, якщо воно було прийняте судом будь-якої інстанції, усунуло прогалину, пройшло перевірку в апеляційному і касаційному порядку, опубліковане в офіційному друкованому органі Верховного Суду України [24].

З таким підходом можна погодитися у випадку визнання судовим прецедентом рішення суду, яке має рекомендаційну (переконливу) чи обов'язкову силу і заповнює прогалини в законі.

Якщо судовим прецедентом вважати лише загальнообов'язкові рішення суду, прецедентами доцільно розуміти лише загальнообов'язкові рішення вищих судових інстанцій, а не рішення інших судів (зокрема місцевих судів), які матимуть переконуючий, рекомендаційний

характер, а тому останні не можуть визнаватися судовими прецедентами у власному розумінні.

Однак у будь-якому випадку судової практика є засобом виявлення прогалин у законодавстві та праві і є середовищем для формування судових прецедентів.

У свою чергу, прецеденти є невід'ємною складовою судової практики та однією з її форм, яка спрямована на подолання прогалин у законодавчому регулюванні, та визначає напрями формування судової практики [25].

4. Доктрина судового прецеденту в українському праві

Дія судового прецеденту як джерела права забезпечується чіткими правилами його створення і застосування, які в сукупності становлять доктрину судового прецеденту. Такі правила судового прецеденту визначають, зокрема, вимоги щодо структури прецеденту і сфери його застосування, встановлення норми, яку містить прецедентне рішення, визначення належного прецеденту, що підлягає застосуванню, можливості його подолання, дії в часі, просторі і серед кола осіб, співвідношення із законом, іншими джерелами права.

Основні особливості судового прецеденту полягають у тому, що він створюється при розгляді конкретної справи, поєднує індивідуально-правові та нормативно-правові ознаки, динамізм і високий ступінь конкретизації правової норми, яка об'єктивується в судовому прецеденті [26].

Судовий прецедент за своєю природою є результатом здійснення правосуддя і судової правотворчості, а за функціональним призначенням — актом правосуддя і різновидом джерел права.

Судовий прецедент може бути створений у випадку наявності прогалин права, які зумовлюють необхідність їх заповнення прецедентними нормами або правовими принципами, які виконують функцію уточнення і доповнення закону.

Судові прецеденти виконують функцію уточнення і доповнення законів при застосуванні їх норм під час вирішення конкретних справ у випадку наявності сумнівних, неясних, або двозначних положень закону, та зумовленої цим необхідності здійснення судом тлумачення зако-

ну і створюваної судом прецедентної норми, за допомогою якої вирішуються сумніви, що виникають у зв'язку з невизначеністю або двозначністю тексту закону.

Суди створюють «нове право» не лише з метою тлумачення неоднозначних для розуміння правових норм при вирішенні конфлікту правових норм, заповненні прогалин тощо, а й для захисту концепції справедливості діють проти закону (*contra legem*), що розширює зміст нормативних положень, розкриває та підтверджує фундаментальні надпозитивні принципи правової системи.

Рішення суду покликане знаходити та втілювати надпозитивне право, яке функціонує як корелятор писаного права, існує як правовий додаток над позитивними правовими актами і походить із джерела, яке має назву «конституційний правовий лад», як єдність букви та духу правових значень.

Це також стосується випадку, коли писаний закон не слугує засобом вирішення суспільних проблем. У такому випадку суддя повинен запобігти свавілля; його рішення має ґрунтуватися на раціональній та розумній аргументації і заповнювати цю прогалину відповідно до стандартів практичної розумності та загальних ідей справедливості, які сприймаються та поділяються суспільством.

Судова правотворчість шляхом розширеного тлумачення писаного права, яке не слугує вирішенню суспільних проблем, дає можливість висвітлити певні суспільні цінності, що закладені в конституційному порядку, але які знайшли недостатнє втілення в законодавчих текстах, та підтвердити фундаментальні надпозитивні принципи правової системи і тим самим захистити концепцію справедливості, яка сприймається і поділяється суспільством.

Зазначені вище ідеї судової правотворчості *contra legem* з метою захисту концепції справедливості в суспільстві реалізовані в судовій практиці окремих країн континентального права.

Найбільш відомим прикладом такого підходу може слугувати справа принцеси Сорайя, яка була розглянута Верховним судом та Конституційним судом ФРН. У цій справі суд за допомогою розширювального тлумачення права задовольнив вимоги заявника про відшкодування заподіяної шкоди, які хоч і суперечили по-

ложенням закону, але відповідали загальним засадам про справедливість [27].

Створення норм права прецедентними рішеннями повинно забезпечувати досягнення необхідного ступеня правової визначеності, одна з умов якої полягає в наявності чітких правил встановлення норми, яку містить прецедентне рішення.

Судовий прецедент є формою судової правотворчості, яка ґрунтується на судовому рішенні, точніше на мотивувальній частині суду, де формулюються суддівські стандарти-пояснення, чому саме так вирішена справа, які за своїм характером є новими правоположеннями або правовими позиціями, що стають обов'язковими при прийнятті аналогічних рішень.

Причому в літературі слушно зазначається, що для наявності судової правотворчості недостатньо простого посилання на формальні джерела права (закон, кодекс, міжнародний договір) або «простого нормозастосування» (застосування чітких та однозначних для розуміння норм права), позаяк суд має здійснювати для цього розширене тлумачення, або виявляє з первинних норм права їх додатковий зміст, який прямо не передбачений у текстах нормативно-правових актів [28].

Норма права, або правовий принцип, що використано при винесенні рішення, міститься в мотивувальній частині (*ratio decidendi*) судового рішення, яка становить його нормативну складову і є прецедентом у вузькому значенні слова.

Нормативна частина прецеденту містить відповідь на правове питання (питання права), що постало в процесі вирішення конкретної справи у випадку прогалини чи нечіткості в правовому регулюванні.

У цьому контексті особливу увагу привертає практика застосування в Італії інституту «*massima*» (*massima*), що передбачає визначення прецедентної частини рішення суду спеціалізованою установою при Касаційному суді — *Ufficcio del Massimario*. В цій установі працюють судді, основною функцією яких є аналіз рішень, прийнятих Касаційним судом, та виведення з них так званих *massima*, тобто стислого викладення правового положення, що було використане при винесенні рішення, або правових позицій без безпосереднього посилання на фактичні обставини справи [29]. Позаяк такі правові позиції викладені безвідносно до об-

ставин справи, в якій вони сформульовані, юристи та судді, як правило, можуть використовувати такі *massima* в інших справах, обставини яких не є подібними до тих справ, у яких Касаційний суд виніс відповідне рішення [30]. Іншими словами, *massima* — це нормативний принцип, викладений у стилі, подібному до того, як викладаються положення Цивільного кодексу, і може бути застосований у аналогічних справах у майбутньому [31].

Такий дедуктивний метод викладення практики Касаційного суду має досить велике значення з огляду на особливу прецедентну силу рішень цього суду. Оскільки у більшості випадків прецедентом є фактично *massima*, яка становить стислий та абстрактний виклад загального правила, наслідком є те, що обов'язковий елемент у прецеденті розглядається як чітко сформульоване правило чи принцип [32].

Судовий прецедент має обов'язкове значення не тільки на даний момент, а й на майбутнє. Прецедент має переважно перспективну дію в часі, а його ретроспективний ефект може розглядатись за аналогією із зворотною дією закону в часі.

Юридична сила прецеденту є найвищою, як і в закона (не лише щодо даних обставин як *res judicata*).

Обов'язковість рішень (*stare decisis*) підтримується суворою судовою ієрархією. Обов'язковість судових прецедентів має бути забезпечена механізмами забезпечення у разі її недотримання.

З цього приводу в літературі слушно зазначається, що підставу для перегляду судових рішень Верховним Судом України доцільно визначити як порушення єдності судової практики (як це має місце в Російській Федерації) [33].

Із принципу обов'язковості прецеденту доцільно передбачити виняток у випадку, коли суд доходить добре вмотивованого висновку, що даний прецедент є неправильним з підстав його помилковості або застарілості та невідповідності новим потребам суспільства.

У цьому випадку суд зобов'язаний пояснити свої теоретичні підходи й чітко викласти обґрунтування свого рішення, а також обґрунтування власної позиції щодо відмови від слідування прецеденту вищого суду, якщо він вирішить так вчинити.

Заслугує на увагу ідея щодо допустимості створення прецеденту як одичним рішенням, так і серією рішень. Серія рішень необхідна для застосування переконуючого (рекомендаційного) прецеденту як особливого прецеденту, що містить тлумачення, яке завжди вносить нове в правову норму шляхом усунення прогалини у вигляді неповноти правового регулювання.

Заслугує на увагу досвід Італії в застосуванні переконуючого прецеденту. Відповідно до італійської доктрини установлені судової практики (*giurisprudenza costante* або *consolidata*), переконливий характер визнається зазвичай за певним правилом, сформульованим у судовій практиці, тільки якщо таке правило підтверджено низкою узгоджених судових рішень [34].

З огляду на переконливий характер такого прецеденту, для належного переконання посилатися на одне судове рішення є недостатнім: необхідно посилатися на прецедент або на аналогічну мотивацію суду, що повторюється у серії аналогічних рішень, тоді як у країнах англо-американського права прецедент може бути сформульований у лише одному рішенні. При цьому логічним видається твердження штату Колорадо, що «ефект *stare decisis* є найбільш сильним, коли численні прецеденти підтверджують однаковий принцип права» [35].

Ознаки переконуючого прецеденту властиві висновку вищого суду в межах інституту преюдиційного запиту, доцільність запровадження якого обговорюється у вітчизняній літературі.

Преюдиційний запит дає можливість судам нижчого рівня зупинити провадження у справі та звернутися за відповідним висновком до Верховного Суду України, у разі якщо під час розгляду справи виявлено невизначеність у застосуванні чи тлумаченні норми права.

Преюдиційний запит застосовується за наявності складного правового питання. Так, у Франції згідно з Кодексом про організацію судової системи його може бути отримано у випадку, якщо відповідне правове питання є новим, достатньо складним та виникає у багатьох справах [36].

З метою безперешкодного доступу і визначення належного прецеденту, що підлягає застосуванню, прецеденти підлягають обов'язковій публікації в регулярних судових звітах.

Аналіз зазначених вище ознак, які відображають зміст і сутність судового прецеденту як джерела права, дає можливість сформулювати його поняття.

Судовий прецедент — формально визначене правило поведінки, яке міститься у рішенні суду вищої інстанції у конкретній справі, ухвалене в першій, апеляційній або касаційній інстанції або в процесі нормативного чи каузального тлумачення правових норм, опубліковане в періодичному виданні, та обов'язкове або переконуюче (рекомендаційний прецедент) для застосування при вирішенні судами аналогічних справ як цим самим судом, так і судом рівної юрисдикції і вищестоящим судом, а також при правозастосуванні іншими суб'єктами права [37].

5. Місце судового прецеденту в системі джерел українського права

Важливим є питання сфери дії і співвідношення судового прецеденту із законом, іншими джерелами права.

У зв'язку з цим слід погодитися з тими авторами, які зазначають, що судовий прецедент не має пріоритету над законами [38]. В українському праві, в якому домінують континентально-правові традиції, судовий прецедент є похідним від закону джерелом права, не має пріоритету над законом. З огляду на похідність від закону, прецедент «повинен залишатися джерелом права до тих пір, поки законодавець або підтвердить його, прийнявши аналогічну норму, або змінить, чи взагалі заперечить» [39].

Прецедент порівняно із законом діє в обмежений період часу, необхідний для удосконалення закону (шляхом закріплення в законодавстві прецедентної норми) або скасування прецеденту.

Визнання судового прецеденту вторинним джерелом права підвищить ефективність законодавства і не допустить перетворення закону в доповнююче, уточнююче джерело права та додаток судової нормотворчості.

З цього приводу в літературі небезпідставно зазначається, що «мета судового прецеденту — врегулювати конфліктне суспільне відношення і позначити необхідність створення нової норми права або зміни діючої. Судова постанова залишається джерелом права до тих пір, поки законодавець або підтвердить його, прийнявши аналогічну норму, або змінить, чи взагалі заперечить» [40].

Проведений аналіз поняття і співвідношення судового прецеденту із законом свідчить, що вітчизняне право, яке задекларувало нормативне визнання прецедентних рішень суду джерелом правом України (зокрема йдеться про рішення ЄСПЛ і в певному відношенні — нормативно обов'язкові рішення ВСУ), очевидно й надалі виходитиме з пріоритету закону, який у всіх своїх проявах залишається провідним, первинним джерелом права, що принципово відрізняє роль закону у звичаєвому праві, де закон частіше має характер доповнюючого, уточнюючого джерела права [41].

ПРИМІТКИ

1. Гвоздецький А. Платформа для реформи / А. Гвоздецький // Юридическая практика. — 2012. — № 24 (755). — С. 23.
2. Романюк Я. М. Єдність судової практики: теоретичні засади та вдосконалення законодавчого забезпечення / Я. М. Романюк, І. В. Бейцун // Вісник Верховного Суду України. — 2012. — № 5 (141). — С. 37.
3. Скакун О. Конституційний Суд як учасник правотворчої (законотворчої) діяльності в Україні / О. Скакун // Юридична Україна. — 2003. — № 1. — С. 29.
4. Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права / Б. Н. Топорнин. — М. : Юристъ, 2000. — С. 17.
5. Довгерт А. С. Система приватного права та структура проекту нового Цивільного кодексу України / А. С. Довгерт // Українське право. — 1997. — Число 3. — С. 18—29.
6. Беяневич О. А. Про застосування практики Європейського суду з прав людини у господарському судочинстві / О. А. Беяневич // Удосконалення правового статусу учасників відносин у сфері господарювання : зб. наук. праць (за матер. Всеукраїнської наук.-практ. конф., м. Київ, 20 листопада 2008 р.) / ред. кол. : О. Д. Крупчан (гол.), В. В. Луць, М. К. Галантич [та ін.]. — К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2009. — С. 279.

7. Нікітчук І. Прецедент у цивільно-правових відносинах України / І. Нікітчук // Юридичний журнал. — 2004. — № 11. — С. 11—12; Бондаренко-Зелінська Н. Правова система України та судовий прецедент: можливість співіснування / Н. Бондаренко-Зелінська // Юридичний журнал. — 2008. — № 6. — С. 23—25.
8. Бардаченко Л. Перспективи проведення судової реформи / Л. Бардаченко // Правовий тиждень. — 2009. — 29 грудня. — № 51—52. — С. 12.
9. Дудченко В. В. Источники права в современной Украине / В. В. Дудченко // Развитие государственности та права в Україні: реалії та перспективи. І міжнародна науково-практична конференція, 24 квітня 2009 р. : тези доп. — Сімферополь, 2009. — С. 14.
10. Бардаченко Л. Знач. праця. — С. 12.
11. Турчак І. О. Правове регулювання договорів поставки в умовах ринкових реформ в Україні (цивільно-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук / І. О. Турчак. — О., 2009. — С. 48—49.
12. Кирилюк Д. Чи визнається в Україні судовий прецедент? / Д. Кирилюк // Юридичний журнал. — 2006. — № 4. — С. 8.
13. Турчак І. О. Знач. праця. — С. 50.
14. Нерсесянц В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий / В. С. Нерсесянц // Судебная практика как источник права. — М. : Юристъ, 2000. — С. 111.
15. Серверэн Э. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества / Э. Серверэн // Судебная практика как источник права. — М. : Юристъ, 2000. — С. 47—48.
16. *Ardoin v. Hartford Accident&Indem. Co* & 360 So 2d 1331 (La) 1978 (цит. за : Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. — К. : Реферат, 2007. — С. 426—427).
17. Шевчук С. Знач. праця. — С. 418.
18. Alexy R. Precedent in the Federal Republic of Germany / R. Alexy, R. Dreier // *Interpreting Precedents. A Comparative Study* / MacCormick N., Summers R., eds. — Aldershot: Dartmouth Publishing Co., 1997. — P. 24—25 (цит. за: Шевчук С. Знач. праця. — С. 423—424).
19. Шевчук С. Знач. праця. — С. 413.
20. Taruffo M. Precedent in Italy / M. Taruffo, M. La Torre // *Interpreting Precedents. A Comparative Study* / MacCormick N., Summers R., eds. — Aldershot: Dartmouth Publishing Co., 1997. — P. 151 (цит. за: Шевчук С. Знач. праця. — С. 410).
21. Окуневич С. Судебный прецедент у России — это реальность? [Електронний ресурс] / С. Окуневич // Российская юстиция. — 2000. — № 4. — Режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1023302.
22. Дідікін А. Рішення Європейського Суду з прав людини у національній правовій системі [Електронний ресурс] / А. Б. Дідікін // Юридичний журнал. — 2009. — № 1. — Режим доступу : <http://justinian.com.ua/article.php?id=3113>.
23. Подольская Н. А. К вопросу о понятии прецедента как источника права / Н. А. Подольская // Судебная практика как источник права. — М. : Юристъ, 2000. — С. 151.
24. Дрішлюк А. І. Щодо співвідношення поняття судового прецеденту та судової практики [Електронний ресурс] / А. І. Дрішлюк. — Режим доступу : http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article@id=154.
25. Марченко А. А. Судовий прецедент як джерело цивільного права України: магістерська робота / А. А. Марченко ; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. — К., 2012. — С. 40.
26. Кухнюк Д. В. Роз'яснення Пленуму Верховного Суду України як засіб забезпечення однакового застосування законодавства судами України / Д. В. Кухнюк // Вісник Верховного Суду України. — 2006. — № 12. — С. 42.
27. *BverfGE* 34, 269 (287) (цит. за: Шевчук С. Знач. праця. — С. 229—230).
28. Шевчук С. Знач. праця. — С. 15.
29. Mazotta F. Precedents in Italian Law / M. Mazotta // *Michigan State University-DCL Journal of International Law*. — 2000. — № 9. — P. 121 (цит. за: Шевчук С. Знач. праця. — С. 412).
30. Merryman J. The Italian Style III: Interpretation / J. Merryman // *Stanford Law Review*. — 1966. — № 18. — P. 592 (цит. за: Шевчук С. Знач. праця. — С. 412).
31. Curran V. Re-Membering Law in the Internationalizin World / V. Curran // *Hofstra Law Review*. — 2005. — № 34. — P. 103 (цит. за: Шевчук С. Знач. праця. — С. 412).

32. Taruffo M. Precedent in Italy / M. Taruffo, M. La Torre // Interpreting Precedents. A Comparative Study / MacCormick D., Summers R., eds. — Aldershot: Dartmouth Publishing Co., 1997. — P. 151, 165 (цит. за: Шевчук С. Зазнач. праця. — С. 412).

33. Романюк Я. М. Зазнач. праця. — С. 40.

34. Bianchi L. The Interpretation of Insurance Policies by Italian Courts / L. Bianchi // International Insurance Law Review. — 1998. — № 6. — P. 323.

35. «Ray v. Denver», 109 Colo 74, 121 P. 2d 886, 138 ALR 1485 (цит. за: Шевчук С. Зазнач. праця. — С. 411).

36. Романюк Я. М. Зазнач. праця. — С. 41.

37. Подольская Н. А. Зазнач. праця. — С. 152.

38. Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине / Т. Н. Нешатаева // Судебная практика как источник права. — М. : Юристь, 2000. — С. 95; Иванов С. А. По поводу судебных постановлений как источника трудового права / С. А. Иванов // Судебная практика как источник права. — М. : Юристь, 2000. — С. 118.

39. Иванов С. А. Зазнач. праця. — С. 118.

40. Нешатаева Т. Н. Зазнач. праця. — С. 95—96.

41. Топорнин Б. Н. Зазнач. праця. — С. 33.

Майданьк Роман. Общая характеристика судебного прецедента в праве Украины.
В статье рассматриваются актуальные тенденции развития источников отечественного права, особенности судебного правотворчества, а также основные факторы, которые определяют перспективы развития доктрины судебного прецедента и его место в правовой системе.

Ключевые слова: судебный прецедент, судебное решение, источник права.

Maidanyk Roman. General characteristics of judicial precedent in the law of Ukraine.
The article reviews current trends in the development of domestic sources of law, peculiarities of judicial law-making, and the main factors that determine the development prospects of the doctrine of judicial precedent and its place in the legal system.

Key words: judicial precedent, the judgment, the source of law.