

УДК 340.142

Роман Майданик,

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

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ В КРАЇНАХ КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА

У статті розглядаються питання, пов'язані з визначенням місця і ролі судового прецеденту у правових системах країн континентальної Європи, деякі особливості відповідних правових доктрин Франції, Німеччини і Росії.

Ключові слова: судовий прецедент, рішення суду, джерело права, країни континентального права, усталена судова практика.

Концепція «усталеної судової практики» і тенденції судового прецеденту в країнах континентального права

На відміну від загального права, в континентальному праві судові рішення зазвичай не розглядаються як фіксація норм права, юридичну силу мають закони, а не конкретні судові казуси, оскільки незалежно від судової практики тут уже склалися цілком самодостатнє право.

У країнах континентального права тлумачення і застосування норм права при вирішенні конкретних справ ґрунтується на засадах концепції «усталеної судової практики» (фр. *jurisprudence constante*), за якою «низка раніше прийнятих та узгоджених судових рішень розглядається як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми» [1].

Але при цьому раніше прийняті судові рішення розглядаються як додатковий засіб тлумачення положень законодавства і суди не зобов'язані погоджуватися з тлумаченням, що надається у попередній судовій практиці [2], хоча фактично їм слідує.

В окремих країнах континентального права від суддів вимагається визнавати важливість усталеної практики і дотримуватись її. Так, наприклад, у правовій системі американського штату Луїзіана, яка генетично споріднена з правовими системами країн романо-германського права, ця доктрина має такий зміст: «...якщо в силу постійного застосування в довготривалій практиці вирішення спо-

рів норма права була визнана і використовувалась судами, така практика отримує визнання як *jurisprudence constante* і норма права, в якій вона ґрунтується, отримує велике значення при вирішенні наступних справ» [3].

При цьому в юридичній науці зазначається, що згідно з доктриною *jurisprudence constante* повторення певного тлумачення норми законодавства тільки посилює раціональність попередньої практики, але не створює нову норму чи змінює існуючу [4].

Юридичне визнання континентальною судовою практикою нових правових норм і регульованих ними суспільних потреб, які відповідають реаліям життя, відбувається шляхом підготовки керівних роз'яснень судової практики та ухвалення спочатку поодиноких судових рішень, які, заперечуючи раніше сформовану [усталену] судову практику, поступово формують нові підходи в судовій практиці з певного юридичного питання. Створення усталеної судової практики (тобто постійного застосування норми права у довготривалій практиці вирішення спорів) схоже за своїм механізмом до вироблення правового звичаю.

У цьому зв'язку окремі континентальні правопорядки визнають усталену судову практику звичаєвими нормами.

Так, у доктрині Німеччини усталена судова практика розглядається як звичаєва норма.

При формуванні «усталеної судової практики» особливо важливу роль відіграє рівень судових рішень, обґрунтованість сформульованих в них норм. Такі норми з часом можуть набувати загальнообов'язко-

вого характеру. І якщо чинне право або правова доктрина, яка користується визнанням практики, не поспішає вбачати в судових рішеннях джерело права, воно з'являється як правовий звичай [5].

У сучасній доктрині і законодавстві країн континентальної Європи продовжує домінувати принцип, згідно з яким суди у своїй діяльності керуються і підкоряються закону, а рішення, що виносяться ними, мають силу індивідуально-правових актів.

У зв'язку з цим рішення з конкретних справ є обов'язковими лише для учасників тих справ, за якими вони винесені, а також для фізичних та юридичних осіб, до яких пред'явлено вимоги державного (судового) виконавця.

Правовою доктриною деяких країн континентального права судова практика взагалі не розглядається як джерело права. Такий підхід зумовлений тим, що суддя під час розгляду справи, по якій склалася судова практика, може винести й інше рішення, якщо впевнений в тому, що сформована практика не відповідає закону.

Водночас окремі європейські країни пішли шляхом визнання концепції обмеженого судового прецеденту (квазіпрецеденту), під яким розуміються рішення вищих судових інстанцій нормативного характеру, що в процесі тлумачення закону створюють норми, які відповідають закону і підлягають обов'язковому застосуванню у подібних (аналогічних) справах.

При цьому істотною відмінністю континентального прецеденту від англо-американського є те, що останній може бути створений одним судовим рішенням, в той час як континентальний прецедент створюється більш демократично — завдяки появі низки судових рішень, тобто не нав'язується «зверху», а виникає якщо не внаслідок консенсусу, то принаймні внаслідок сприйняття правової позиції значною частиною юридичної спільноти.

Серед країн, в яких юридична сила і нормативний характер судових рішень не лише визнаються, а й закріплюються в законодавчому порядку, можна назвати Іспанію, Швейцарію, Португалію, Турцію та ін. [6].

Так, наприклад, в Іспанії судова практика, яка базується на рішеннях Верховного суду Іспанії, формує так звану «загальну правову доктрину» (*doctrinal legal*). Її порушення, відповідно до зако-

ну, є однією з підстав оскарження судових рішень до Верховного суду [7].

Швейцарське право, по суті, допускає можливість судової нормотворчості. Швейцарський цивільний кодекс передбачає, що у разі прогалин у законодавстві суддя може приймати рішення, виходячи із власної оцінки правового регулювання і повинен діяти так, ніби він сам є законодавцем, дотримуючись при цьому панівної доктрини і традиції [8].

Велику роль відіграє судова практика і в країнах Північної Європи, що зумовлює подібність характеристик цих правових систем із «загальним правом», у зв'язку з чим деякі компаративісти пропонували розглядати дані правові системи як частину англосаксонського права [9].

Водночас слід зазначити, що не всі країни континентальної Європи дотримуються подібної позиції. Іншу групу утворюють країни, в яких прецедент як результат правотворчої діяльності судів законодавчо не закріплений, тобто формально не визнається, але фактично існує і застосовується (ФРН, Данія, Греція, Італія, Швеція, Норвегія, Фінляндія та ін.) [10].

Зазначені країни визнали концепцію, згідно з якою судові рішення є обов'язковим лише для сторін, що беруть участь у справі.

Аналіз національних доктрин судового прецеденту в країнах континентального права свідчить, що в цих країнах прецедент відіграє зазвичай другорядну роль: не конкретні казуси, а закони мають юридичну силу. Судові рішення зазвичай не розглядаються як фіксація норм права, в усякому разі нової норми права, оскільки, незалежно від судової практики, тут вже є фіксація норм права, склалося цілком самодостатнє право.

Однак відсутність законодавчого закріплення та забезпечення місця і ролі прецедентів у системі інших джерел романо-германського права, їх законодавче замовчування або ж формальна юридична заборона правотворчої діяльності судів у тих чи інших країнах не сприяє усвідомленню реальної важливості прецедентів у континентальному праві та узагальненню відповідної правотворчої та правозастосовчої практики судів [11].

Незважаючи на відмову країн романо-германського права офіційно визнавати судовий прецедент джерелом права, остан-

нім часом прослідковується тенденція до підвищення ролі судової практики.

Спостерігається тенденція до зближення загального і континентального права, поступове послаблення віри у примат закону. У законі починають вбачати лише вираз загальних принципів. Тому судова практика стає самостійним джерелом права.

Водночас в англо-американському праві намітилася протилежна тенденція. Із зростанням масового виробництва, посиленням планових начал в економіці значно розширилося коло проблем, вирішення яких потребує звернення до абстрактних норм.

Проте, завдяки різниці у методах тлумачення зберігається значною мірою й різниця між правовими сім'ями.

Наведене свідчить, що судовий прецедент, який відіграв історичну роль у формуванні та розвитку правових систем «загального права», поступово змінює своє місце в системі джерел і набуває статусу повноцінного джерела права [12].

Французька доктрина судового прецеденту

Одним із найбільш характерних прикладів обмежувальної трактовки прецеденту є право Франції, яке обов'язкову силу прецеденту не тільки не визнає, а й взагалі забороняє.

Французька доктрина ґрунтується на упорядкованій концепції правозастосування, яка виникла ще за часів Французької революції. Члени Установчих зборів 1789 р. розглядали норми права як «укази», які безпосередньо регламентували норми права і поведінку громадян, тому функція судді зводилась лише до застосування санкцій у випадку невиконання норми права. Виходячи із верховенства закону, суди не мають права приймати рішення у вигляді положень загального і регламентарного характеру (відповідно до ст. 12 Закону від 16—24 серпня 1790 р. і ст. 5 ЦК Франції) [13].

Рішення, прийняте на основі закону, виступає юридичним фактом, а не джерелом права.

Водночас окремі автори звертають увагу на значне посилення ролі судової практики в сучасних умовах, що знайшло відображення у визнанні джерелом французького права лише рішень суду вищої інстанції, яким є Касаційний суд Франції

[14]. Це пояснюється тим, що «судова практика — джерело права тільки тоді, коли вона не змінюється від одного судового органу до інших, але уніфікована в національному масштабі» [15].

Німецька доктрина судового прецеденту

У праві Німеччини не існує обов'язкової сили прецеденту, за винятком рішень Федерального конституційного суду. Водночас звертається увага на непряму обов'язкову силу прецеденту в тому випадку, коли рішення одного із сенатів (тобто палат) Федеральної судової палати принципово відрізняється від рішень інших судів. У даному випадку йдеться про обов'язкову силу: в іншому випадку судді того сенату, який виніс рішення, повинні надати своє рішення та обґрунтувати свою позицію перед колегами на пленарному засіданні великого сенату. Лише після цього обов'язкового розгляду приймається остаточне рішення [16].

У німецькій правовій системі прецедент має подвійне обґрунтування: обґрунтування закону та обґрунтування судового рішення, яке доповнює закон. При цьому німецька традиція судової практики заснована на законі та звичаї, як результат впливу історичної школи права на кодифікацію і тлумачення закону. Коли в Німеччині говорять про прецедент, то мають на увазі звичай, що зумовлює відмінність, яка невідома французам, між прецедентом, що виникає з окремого рішення, і прецедентом, що впливає із цілої серії рішень. У зв'язку з цим виникає запитання: з якого моменту можна говорити про виникнення прецеденту, якщо для того, щоб він мав юридичну силу, необхідно, щоб прецедент, як і звичай, впливав з попередньої практики?

На сьогодні виділяють дві оригінальні риси конституційних засад прецеденту, які полягають, з одного боку, в наділенні судді в конкретній справі правом здійснювати тлумачення закону і, з другого боку, в обов'язковому характері прецеденту, який виникає в результаті цього тлумачення.

Повноваження, пов'язані із здійсненням тлумачення, визнаються доктриною відповідно до ч. 3 ст. 20 Основного закону ФРН, згідно з якою правосуддя пов'язано законом і правом в широкому розумінні слова.

При вирішенні питання про обов'язковий характер прецеденту в дискусіях висувуються аргументи як «за», так і «проти». До аргументів, які підтримують обов'язковий характер прецеденту, відносять такі: принцип тотожності, закріплений в законі, стабільність норм права, забезпечення одноманітності системи. Опоненти обов'язкового характеру прецеденту, як і у Франції, стверджують про порушення принципів розподілу влад і суворого виконання законів.

Вважається, що на практиці в Німеччині не існує системи обов'язкового прецеденту, оскільки право не може бути створене за допомогою звичаю, правової науки, судових рішень. За суддями визнається право тлумачення закону, однак їх рішення не мають сили обов'язкового прецеденту, за винятком Федерального конституційного суду. Тільки Федеральний конституційний суд вправі здійснювати нагляд щодо рішень п'яти вищих федеральних судових інстанцій, зокрема у випадку подання касаційних скарг.

Однак у правовому регулюванні окремих розділів трудового права, особливо трудових конфліктів, якщо не формально, то фактично активно задіяно судовий прецедент [17].

У Німеччині зустрічаються окремі поняття, які стосуються теорії прецеденту, близькі до загального права, однак вони чітко не визначені. Наприклад, відмінність між *ratio decidendi* та *obiter dictum* більш розпливчате, ніж в англійському праві. Ці поняття використовує тільки Федеральний конституційний суд для того, щоб підкреслити значимість рішення.

У німецькій системі, на відміну від французької, визнається необхідність правового обґрунтування рішення суду, але, на відміну від англійської системи, немає обов'язкової сили прецеденту. На сьогодні спостерігається тенденція до посилення автономії суддів і розширення їх повноважень, пов'язаних з тлумаченням закону. Наприклад, у рішенні Федерального конституційного суду у справі «Сорайя» передбачається, що суддя не повинен слідувати букві закону і може створювати прецедент, який суперечить чітко вираженим положенням закону.

У зв'язку з цим німецьку систему відносять до системи змішаного характеру, якщо порівнювати її з французькою та англійською [18].

Російська доктрина судового прецеденту

Тенденція до формування прецедентного характеру судових рішень, зокрема вищих судів, спостерігається також у російському праві.

Пленум Верховного Суду Російської Федерації, як і Пленум Вищого арбітражного суду Російської Федерації (ВС РФ і ВАС РФ), наділені правом давати роз'яснення судам з питань застосування законодавства Російської Федерації з метою забезпечення єдності судової практики. Такий статус пленумів закріплено у Федеральних конституційних законах РФ «Про суди загальної юрисдикції в Російській Федерації» і «Про судову систему Російської Федерації».

Законом РФ «Про арбітражні суди в Російській Федерації» (ч. 2 ст. 13) прямо встановлена обов'язковість розяснень Пленуму Вищого арбітражного суду Російської Федерації з питань судової практики для арбітражних судів у Російській Федерації.

У російській судовій практиці досить часто зустрічаються судові рішення арбітражних судів Російської Федерації, в мотивувальній частині яких містяться посилання на постанови Пленуму ВАС РФ. Це свідчить про те, що арбітражні суди РФ реально враховують при вирішенні спорів позицію Пленуму і прагнуть до одноманітності судової практики.

Аналіз судової практики ВАС РФ свідчить, що судові рішення, які суперечать позиції Пленуму ВАС РФ, переглядаються з прямою вказівкою про невідповідність окаржуваного рішення позиції ВАС РФ, яка раніше викладена в постанові Пленуму [19].

Як свідчення офіційного визнання та закріплення прецедентного характеру рішень вищих судових органів у Російській Федерації можна розглядати прийняту 14.02.2008 р. постанову про доповнення постанови Пленуму Вищого Арбітражного Суду РФ від 12.03.2007 р. № 17 «Про застосування Арбітражного процесуального кодексу РФ при перегляді судових актів, які вступили в силу, за знов відкритими обставинами».

Механізм введення прецедентного характеру рішень вищих судів безпосередньо пов'язаний з питанням перегляду за знов відкритими обставинами судового акта, що оспорюється в порядку нагляду,

в тому випадку, якщо він ґрунтується на положеннях законодавства, практика застосування яких визначена вищим судом (ВАС РФ) після його прийняття.

При цьому перегляд буде здійснюватися на підставі «відказної» ухвали колегії суддів ВАС РФ, прийнятої за результатами розгляду заяви про перегляд судових актів у порядку нагляду, що висилається заявнику як заінтересованій особі. При перегляді справи суди повинні знову оцінити всі обставини, які мають значення для винесення законного та обґрунтованого рішення, тобто автоматичний перегляд неприпустимий.

Зазначеною постановою Пленуму ВАС РФ визначено, що неможливий перегляд тих судових актів, за якими втрачена можливість перегляду в порядку нагляду у зв'язку зі спливом строку на подання відповідної заяви. Такий порядок виключає дестабілізацію становища сторін по закінченні значного строку.

З приводу цього питання неодноразово висловлював свою позицію Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ). Зокрема, у справі «Street and Others v. Romania» суд зазначив, що у випадку перегляду справи платників податків «за знов відкритими обставинами», раніше розглянутої на користь платників податків, буде порушено принцип правової визначеності.

Конституційний Суд РФ в Ухвалі від 12.05.2005 р. № 163-О зазначив, що зміна законодавцем податкового законодавства, яке може тягнути за собою погіршення становища платника податків, повинна здійснюватися таким чином, щоб дотримувався принцип підтримки довіри громадян до збереження стабільності правового регулювання і неприпустимість внесення довільних змін до чинної системи норм [20].

При розгляді апеляційних та касаційних скарг арбітражні суди апеляційної та касаційної інстанцій у звичайному порядку враховують правову позицію ВАС

РФ, яка стала відомою, — про перегляд справ за знов відкритими обставинами в даному випадку не йдеться.

Незважаючи на різні оцінки в юридичній літературі з цього приводу, загалом переважає позиція про позитивний вплив запропонованого порядку розгляду заяв про перегляд справ у порядку нагляду, що сприятиме більш ефективній роботі ВАС РФ. З одного боку, він позбавить Президію ВАС РФ від необхідності розгляду типових справ після одноразового формування правової позиції з того чи іншого питання судової практики, а з іншого — створить перешкоди в довільному перегляді справ з посиленням на сформовану правову позицію ВАС РФ. Подібний перегляд здійснюватиметься на підставі «авторизації» у вигляді судового акта ВАС РФ. Водночас постанова від 14.02.2008 р. означає істотну новелу в російському процесуальному праві і подальшу перебудову судової системи [21].

Отже, постанова Пленуму від 14.02.2008 р. надає особливу квазінормативну (прецедентну) силу постановам ВАС РФ — як вже зазначалося раніше, вони матимуть значення для невизначеного кола осіб. Зазначені акти матимуть таку ж сферу дії в часі, просторі і за колом осіб, як і рішення нормотворчого органу, і, відповідно, таке саме загальне значення, як і нормативні акти, що не властиве звичайним правозастосовним судовим актам. Тому вимоги, які пред'являються до законодавства (податкового, цивільного тощо), необхідно враховувати і при роз'ясненні питання про дію нововведень у відповідних правовідносинах.

У будь-якому випадку судові акти за відповідними спорами (податковими тощо) не можуть бути переглянуті «за знов відкритими обставинами» у зв'язку з формуванням правової позиції ВАС РФ, якщо при цьому погіршується становище платника податків, іншого володільця суб'єктивного права [22].

ПРИМІТКИ

1. Algero M. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation // Louisiana Law Review. — 2005. — Vol. 65. — P. 783; цит. за: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — К.: Реферат, 2007. — С. 396.

2. Бернам У. Правовая система США / У. Бернам. — М.: РИО «Новая юстиция», 2006. — 3-й вып. — С. 122.

3. Johnson v. St. Paul Mercury Ins. Co., 236 So. 2d 216, 218 (La. 1970); цит. за: Шевчук С. Зазнач. праця. — С. 397.
4. Dennis J. Interpretation and Application of the Civil Code and the Evaluation of Judicial Precedent // Louisiana Law Review. — 1993. — Vol. 54. — P. 15; цит. за: Шевчук С. Зазнач. праця. — С. 397.
5. Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития / Б. Н. Топорнин // Судебная практика как источник права. — М. : Юристъ, 2000. — С. 35.
6. Давид Р. Основные правовые системы современности / Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманова. — М. : Междунар. отношения, 1999. — С. 104; Марченко М. Н. Правовые системы современного мира / М. Н. Марченко. — М. : Зерцало-М, 2001. — С. 105.
7. Давид Р. Зазнач. праця. — С. 104.
8. Топорнин Б. Н. Зазнач. праця. — С. 37.
9. 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. 18.
10. Марченко М. Н. Вторичные источники романо-германского права: прецедент, доктрина / М. Н. Марченко // Вестник Московского ун-та. — Сер. 11. Право. — 2000. — № 4. — С. 58.
11. Марченко М. Н. Правовые системы современного мира / М. Н. Марченко. — М. : Зерцало-М, 2001. — С. 106.
12. Марченко А. А. Зазнач. праця. — С. 19.
13. Серверэн Э. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества / Э. Серверэн // Судебная практика как источник права. — М. : Юристъ, 2000. — С. 51.
14. Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине / Т. Н. Нешатаева // Судебная практика как источник права. — М. : Юристъ, 2000. — С. 95.
15. Lyon-Gaen G. Droit du travail . G. Lyon-Gaen, J. Pelissier, A. Supiot. — Paris, 1996. — P. 47; цит. за: Нешатаева Т. Н. Зазнач. праця. — С. 95.
16. Гюнтер К. Судустройство и сфера компетенции судов / К. Гюнтер // Судебная практика как источник права. — М. : Юристъ, 2000. — С. 66.
17. Топорнин Б. Н. Зазнач. праця. — С. 37.
18. Серверэн Э. Зазнач. праця. — С. 53—55.
19. Громовой О. Контроль над единством практики / О. Громовой // Юридическая практика. — 2012. — № 21 (752). — С. 15.
20. Ця позиція підтверджена ухвалою КС РФ від 10.07.2003 р. № 342-О, а також його постановою від 30.01.2001 р. № 2-П та ухвалою від 07.02.2002 р. № 37-О.
21. Зарипов В. Сила прецедента / В. Зарипов // эж-Юрист. — 2008. — Февраль. — № 7. — С. 1, 7.
22. Там само. — С. 7.

Майданик Роман. Судебный прецедент в странах континентального права.

В статье рассматриваются вопросы, связанные с определением места и роли судебного прецедента в правовых системах стран континентальной Европы, некоторые особенности соответствующих правовых доктрин Франции, Германии и России.

Ключевые слова: *судебный прецедент, решение суда, источник права, страны континентального права, устойчивая судебная практика.*

Maidanyk Roman. Judicial precedent in civil law countries.

The article discusses issues related to the definition of the place and role of judicial precedent in the legal systems of continental Europe, some aspects of the legal doctrines in France, Germany and Russia.

Key words: *judicial precedent, the court decision, the source of law, the country of continental law, a stable jurisprudence.*