



М. МАГРЕЛО,
здобувач

(Інститут законодавства Верховної Ради України)
(Науковий керівник доцент О.В. Київець)

ПРЕЦЕДЕНТ, ЯКИЙ НЕ ЗОБОВ'ЯЗУЄ: ДЕЯКІ АСПЕКТИ СУТНОСТІ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ КОНТИНЕНТАЛЬНОГО ПРАВА

Ключові слова: прецедент, система загального права, практика Суду, міжнародне зобов'язання, адміністративні суди, «право Конвенції», система континентального права, усталена судово практика.

Коли заводять мову про прецедент як явище правової дійсності, розпочинати слід з того, яка його суть. А суть ця, безсумнівно, походить із природи правових систем загального права (країни Британської Співдружності). Дійсно, внаслідок звернення до основних ознак прецеденту загального права стає цілком ясно, що аналогів йому в інших правових системах не існує. Тому коли дехто з дослідників намагається поширити прецедентно-правові підходи на правову систему континентального права (хай навіть лише в доктрині), це викликає природній спротив та породжує полеміку.

Сьогодні стало віянням моди вважати, що судовий прецедент займає все більш вагомі позиції в праві континентальної Європи [1, 280], що не в останню чергу пов'язано із діяльністю ЄСПЛ. Левова частка публікацій на цю тему, рівно як і переважна більшість дослідників, не вдаючись до скільки-небудь вираженої аргументації, *a priori* виходять з того, що рішення ЄСПЛ мають характер судових прецедентів і саме в цій якості повинні сприйматись національними судами.

Одна з найавторитетніших юридичних енциклопедій загального права *Black's Law Dictionary* визначає судовий прецедент як правило, вперше встановлене судовим рішенням при вирішенні певної справи і яке використовується як принцип вирішення аналогічних справ в майбутньому [10]. Формуючими елементами класичного прецеденту є власне рішення, яким вирішено дану справу (в цій частині є обов'язковим лише для сторін) та універсальний правовий принцип на основі якого мають вирішуватись аналогічні справи (обов'язковий для суду, який встановив прецедент, рівно як і для нижчих судів). В основі універсальності такого принципу в системі загального права лежить доктрина *stare decisis*, що буквально означає «необхідність слідувати вирішеному раніше». На практиці йдеться про реальну правотворчу функцію судів країн загального права, де одного разу встановлене правозастосування стає зразком за аналогічних обставин справи у майбутньому.

З наданого визначення можна виокремити сутнісні характеристики класичного прецеденту: це нормативне правило (за

відсутності статутного законодавства виконує його функцію), обов'язкове для застосування за певних обставин майже всіма судами (крім вищих за ті, що його встановили), для виникнення і закріплення якого достатньо одного лише випадку судового правозастосування, подолати яке досить складно (може бути змінено лише вищим судовим органом).

Доктрина загального права заснована на позиції, що класичний прецедент є загальнообов'язковим зразком правозастосування, однак ця ж доктрина знає явище так званого «переконливого прецеденту» (*persuasive precedent*) як необов'язкового, джерелами якого вважають рішення іноземних судів, історичні джерела права, власне саму доктрину, окремі думки суддів, тобто все те, що може скеровувати суддю під час вирішення ним справи, але не є обов'язковим для врахування.

Зрозуміло, що всі ці джерела «переконливого прецеденту» в силу своєї природи не можуть бути обов'язковими для суду як країн загального, так і континентального права, і що в даному випадку вжито споріднену термінологію для позначення різних за своєю суттю явищ – прецеденту (класичного) і того, що ним не є (хоча і має схожу назву).

Однак, як це часто трапляється, подібне «жонглювання» термінологією може завести в глухий кут, зокрема коли автори на основі необов'язковості «переконливого прецеденту» (а отже на основі необов'язковості альтернативних джерел права) роблять висновок про необов'язковість прецеденту як такого чи радше про необов'язковість судової практики міжнародної судової установи, юрисдикція якої визнана державою, для її національних судів. Так, у своїй статті про характер рішень ЄСПЛ Ю. Попов [9] доводить думку про те, що практика цієї міжнародної судової установи має характер «переконливого прецеденту» в описаному вище розумінні, при чому як для України, так і для Англії.

У вказаній статті автор намагається довести, що 1) рішення ЄСПЛ є «переконливими прецедентами» (а отже не є прецедентами) і саме так вони мають сприйматись національним судом і 2) норма українського законодавства відносно того, що практика ЄСПЛ є джерелом права для національного суду [4, 17], не свідчить про обов'язковість такого джерела права. Вважаємо, що аргументація, наведена автором, не витримує критики, оскільки хибна в своїй суті.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, яка підписана 4 листопада 1950 р. у Римі (далі – ЄКПЛ, Конвенція), а для України набула чинності 11 вересня 1997 р., являє собою міжнародний договір, що закріплює низку міжнародних зобов'язань України перед Радою Європи, за порушення (недотримання) яких наступає міжнародна відповідальність держави, в тому числі у вигляді виключення із Ради Європи.

ЄСПЛ, який замінив собою Європейську комісію з прав людини, є міжнародним судовим органом, юрисдикція якого відповідно до ст. 32, ч. 1 ст. 47 Конвенції поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї, подані йому на розгляд, що стосуються змісту чи обсягу прав і свобод, визначених у Розділі I Конвенції та протоколах до неї [7]. Юрисдикція ЄСПЛ з усіх питань, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, визнана Україною Законом «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. Норми Конвенції закріплюють міжнародні зобов'язання України та в силу ст. 9 Конституції України, є нормами внутрішнього законодавства України.

Міжнародні зобов'язання держави щодо врахування юрисдикційних позицій Суду у внутрішньому праві деталізовані у ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європей-

ського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р., де закріплено, що національні суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. При цьому під «практикою Суду» вказаний Закон розуміє практику Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини не лише у справах проти України, а весь масив практики (!) щодо змісту та обсягу прав і свобод. Зазначене нормативне положення продубльоване також у ч. 2 ст. 8 Кодексу адміністративного судочинства України (КАСУ): суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини. Таким чином, практика Суду (*case law*) в сумі із тілом Конвенції є «правом Конвенції», гнучким та постійно змінюваним за своєю суттю. Неможливо застосовувати голий текст Конвенції без урахування практики Суду і навпаки.

Окремо на державу покладено зобов'язання виконання остаточних Рішень ЄСПЛ у справах, в яких держава є стороною (ч. 1 ст. 46 Конвенції), що додатково закріплене у ст. 2 Закону: рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції (при цьому під поняттям «рішення» цей Закон розуміє рішення проти України).

Таким чином, рішення Суду, які набули статусу остаточних відповідно до ст. 44 Конвенції, з приводу тлумачення і застосування положень Конвенції та протоколів до неї в частині змісту та обсягу визначених в них прав і свобод, в усіх абсолютно справах (а не лише у справах проти України), а точніше сказати власне «право Конвенції», є одночасно джерелом міжнародних зобов'язань України та джерелом її національного законодавства.

З'ясувавши суть «права Конвенції», визначимо, яке місце воно займає в ієрархії правових джерел, що застосовуються національним судом (зокрема адміністративним). Частина 6 ст. 9 КАСУ закріпила принцип такої ієрархії: якщо міжнародним договором, згода на обов'язковість якого

надана Верховною Радою України, встановлені інші правила, ніж ті, що встановлені законом, то застосовуються правила міжнародного договору [8]. Аналогічний принцип міститься у ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р.

У світлі написаного вище зрозуміло, що коли мова йде про Конвенцію як відповідний міжнародний договір – правове джерело, то воно неможливе без масиву практики Суду. Тобто, говорячи про Конвенцію, мають на увазі й рішення Суду, в яких розтлумачено «право Конвенції». Отже, з урахуванням норм ст.ст. 32, 47 самої Конвенції, а також ст. 9 Конституції України, ч. 6 ст. 9 КАСУ читаємо так: якщо «правом Конвенції» (будь-яким з Рішень Суду) встановлено інші правила, ніж ті, що встановлені законом, то застосовуються правила «права Конвенції».

На підсилення і без того вже очевидного юридичного значення і обов'язкового характеру для України рішень ЄСПЛ нагадаємо про норми ст.ст. 26 та 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. (Українська РСР приєдналась 1986 р. згідно з Указом Президії ВР УРСР від 14 квітня 1986 р.), є джерелом міжнародних зобов'язань держави, де закріплено принцип *pacta sunt servanda* (кожен чинний міжнародний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись), а також закріплено правило неможливості для учасників цієї Конвенції посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ними договору, яке діє без шкоди для ст. 46 стосовно компетенції укладати міжнародні договори [2].

З огляду на наведені вище положення законодавства, які обов'язково слід читати системно, правові (юрисдикційні) позиції ЄСПЛ щодо застосування і тлумачення положень ЄКПЛ безперечно мають нормативну силу для національного суду.

В зазначеній статті Ю. Попов стверджує, що деякі з наведених законодавчих

положень зобов'язують державу, але не національні суди (!) слідувати положенням Конвенції та позиціям ЄСПЛ. Зазначене видається, м'яко кажучи, дивним, бо чим же власне є держава, якщо її функції не реалізуються посередництвом судової влади? І кого в такому разі слід вважати зобов'язаним за «правом Конвенції»? Тут варто згадати, що за Законом від 29 червня 2004 р. забезпечення виконання міжнародних договорів України (а отже міжнародних зобов'язань держави) покладено на міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Раду міністрів Автономної Республіки Крим, інші органи державної влади, до відання яких віднесені питання, що регулюються міжнародними договорами України (ч. 1 ст. 16). Отже, міжнародні зобов'язання України знаходять своє відображення на рівні національного законодавства, яке визначає шляхи їх реалізації – в тому числі через визначення компетентних національних органів. В свою чергу органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України). Дане конституційне положення несе подвійне змістове навантаження: з одного боку, йдеться про те, як мають діяти компетентні органи, а з іншого – йдеться власне про їх зобов'язання діяти певним чином за наявності певних підстав. Вважаємо, що і в даному ключі припущення відносно відсутності в національних судів обов'язку застосовувати практику ЄСПЛ хибне.

Автор також підкреслює розмежування обов'язковості юрисдикції Суду (що безперечно в силу ст. 46 ЄКПЛ та ст. 1 Закону № 475/97) та практики Суду, вважаючи останню необов'язковою для національного суду. Вважаємо, що питання обов'язковості для національного суду практики ЄСПЛ впливає з комплексу наведених вище норм, які є джерелами міжнародних зобов'язань держави щодо дотримання юрисдикційних позицій ЄСПЛ

на рівні національного права. Крім того, визнання на своїй території юрисдикції міжнародної судової установи стало б позбавленим сенсу без надання обов'язкового значення її рішенням.

Відкритим залишається питання прецедентного характеру рішень ЄСПЛ. Примітно, що сам Суд називає власну практику прецедентною, але незважаючи на це він не є зв'язаний власними рішеннями, тобто може переглядати раніше прийняті підходи до вирішення певних питань за умови зміни обставин. Так, задля дотримання юридичної визначеності, передбачуваності та рівності перед законом Суд все ж не повинен відхилятися від раніше встановленої ним практики за відсутності беззаперечних для цього причин, якщо обставини нової справи в матеріальному сенсі невідмінні від попередньої справи. В той же час, за висловом судді П. де Альбукерка, що міститься в його окремій думці у справі *Herrmann v. Germany* (Заява №9300/07), юридичне значення попередньо вирішеного Судом (*previous ruling*) не наділене якістю правила *stare decisis*, відповідно до якого принципи, що на них Суд заснував своє попереднє рішення, є на майбутнє обов'язковими в аналогічних справах. Фактично, Суд може подолати (змінити) власну практику (*case law*), якщо остання є нечіткою (*uncertain*) або потребує подальшого розвитку, з тим щоб метою такого розвитку було збільшення меж захисту, гарантованих ЄКПЛ [11].

З наведеного кваліфікованого роз'яснення судді ЄСПЛ видно, що юридична природа рішень Суду відмінна від прецеденту (в його класичному розумінні). Пропоненти розповсюдження доктрини прецеденту на систему континентального права заперечать, буцімто аналогом прецеденту в Європі є так звана доктрина *jurisprudence constante*, тобто «усталена судова практика», яку ще називають «прецедентом країн континентального права». Між іншим, детальніший аналіз даного правового явища дозволяє стверджувати, що і в

цьому випадку суміжна термінологія спроможна зіграти злий жарт з тими, хто для позначення принципово різних сутностей використовує одні й ті самі поняття, або намагається провести аналогії там, де вони навряд чи можливі.

Дійсно, аналіз доктрини *jurisprudence constante*, яка до джерел права відносить усталену судову практику, дозволяє встановити характеристики цього джерела, що якісно відрізняють його від судового прецеденту. Насамперед відмінним є те, що усталена судова практика формується протягом певного тривалого часу, шляхом спроб і помилок, у тому числі в правозастосовній діяльності судів нижчих інстанцій. Характерно також, що така практика часто буває неузгодженою серед різних судів одного рівня, а задля подолання конфліктів правозастосування часто необхідним є авторитетне рішення вищого суду, прийняття якого також потребує часу. Поки відсутнє таке «авторитетне рішення», відповідна практика не є суцільною, а отже позбавлена ознаки нормативної обов'язковості. Навіть за наявності певних позицій вищих судових органів, часто їх врахування судами нижчого рівня залежить від розсуду (а часто й від обізнаності) судді, який іноді змушений вибирати між протилежними «авторитетними рішеннями». І нарешті, долатись така усталена практика може значно легше за судовий прецедент: достатньо всього лише протилежного рішення вищого судового органу (всі ці характеристики цілком справедливі для України і відображають її правові реалії, а також свідчать, що критерій «усталеності» значною мірою є умовним: встановити його буває досить нелегко)¹.

Викладене дозволяє зробити висновок, що так звана усталена практика є лише умовним джерелом права для кон-

тинентального суду, в той час як судовий прецедент є безумовним джерелом для загального суду. Крім того, проаналізовані характеристики обох правових явищ свідчать, що практику ЄСПЛ не можна стовідсотково вписати в рамки жодного з них, оскільки вона наділена непритаманними їм, але імманентними для неї якостями: вона є органічним продовженням тіла Конвенції і одночасно «живим правом», яке адекватно відображає зміни правових реалій.

З урахуванням проілюстрованого хиткого становища усталеної практики як правового джерела в континентальному праві можна припустити, що правові позиції ЄСПЛ з конкретних аспектів застосування ЄКПЛ можна назвати прецедентами (умовно) лише для самого ЄСПЛ (оскільки, незважаючи на термінологічні особливості, класичний прецедент країнам Європи не властивий). При цьому під поняттям прецедент розуміємо певне правило, сформоване Судом внаслідок правової аргументації у межах обставин конкретної справи, якому належить слідувати в майбутньому при вирішенні даних юридичних питань в аналогічних справах, але яке може бути змінене (*overruling*, *distinguishing tool*), якщо цього потребуватимуть змінені обставини (суспільні відносини).

В той же час стверджувати, що судовий прецедент має хоча б найменші шанси утвердитись (найближчим часом) в правових реаліях України, все одно що заявляти, що діяльність британських судових органів характеризується постійним прийняттям протилежних рішень в аналогічних справах. Не може політична система, в якій судову владу навряд чи можна розглядати як єдину консолідовану силу, а законодавство – позбавленим суперечностей та різночитань, органічно увібрати в себе принципово сторонній їй інститут судового прецеденту. Не може права система, за якої суди не творять право, а застосовують його (саме цим є тлумачення правових норм), причому настільки неузгоджено,

¹ Зазначені характеристики описані узагальнено, стираючись в основному на досвід України, в інших Європейських країнах рівень «усталеності» практики в різних галузях, рівно як і відношення до судової практики як до джерела права може відрізнитися.

сприйняти такий невластивий їй цементуючий елемент як судовий прецедент, не змінивши при цьому щонайменше своєї суті – перевтілення із нормативної системи законодавчих актів на систему судового правотворення. Відтак існує потреба оцінювати реально українські перспективи у відношенні судового прецеденту і радше сконцентруватися на уніфікації судової практики, яка не є тим самим, що прецедент.

Так чи інакше, питання з'ясування природи рішень ЄСПЛ торкатимуть про-

фесійні інтереси ще багатьох дослідників, однак незалежно від вирішення цього питання, безперечною залишається юридична сила і значення практики Суду в праві країн континентальної Європи: ієрархічно вона може посідати різне місце в їх правових системах у залежності від того, як норми ЕКПЛ інкорпоровані в національне законодавство, однак це свідчить лише про різні шляхи виконання єдиних для всіх держав-членів Ради Європи міжнародних зобов'язань.

Список літератури:

1. Базов В. Питання застосування судового прецеденту в адміністративному судочинстві / В. Базов // Роль і вплив практики адміністративного судочинства на розвиток публічного права : зб. матеріалів конференції. – К. : Істина, 2012. – С. 280.
2. Віденська конвенція про право міжнародних договорів // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.
3. Закон України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
4. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – Ст. 260.
5. Закон України «Про міжнародні договори України» // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – №50. – Ст. 540.
6. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_004
8. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.
9. Попов Ю. Рішення Європейського суду з прав людини як переконливий прецедент: досвід Англії та України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://porov-yuuy.narod.ru/28_ECHR_case-law.htm
10. *Black's Law Dictionary*, p. 1059 (5th ed. 1979) // Wikipedia, The Free Encyclopedia [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://en.wikipedia.org/wiki/Precedent#cite_note-1
11. *Case of Herrmann v. Germany, Partly concurring and partly dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22:%5B%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22COMMITTEE%22,%22DECISIONS%22,%22COMMUNICATEDCASES%22,%22CLIN%22,%22ADVISORYOPINIONS%22,%22REPORTS%22,%22RESOLUTIONS%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-111690%22%5D%7D>

РЕЗЮМЕ

В статті произведен анализ сущности практики Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ, Суд) в контексте классического понимания судебного прецедента, а также

доказан тезис о том, что юридически обязательная сила данной практики для украинских судов происходит не из прецедентного характера решений Суда (что невозможно, ввиду фактического непризнания прецедента в украинской правоприменительной практике), но следует из целого комплекса международных обязательств Украины как регионального (Совет Европы), так и универсального характера.

SUMMARY

Article examines the essence of the ECHR's case law in the light of a classic approach towards the doctrine of precedent, as well as provides reasons for the ECHR's case law to be binding upon states, that originate from the bunch of a state's international obligations, both universal and regional (The Council of Europe), but not from the precedential qualities of the appropriate case law.

*Рекомендовано кафедрою
прав людини, міжнародного та європейського права*

Подано 10.09.2013.