

## ПОЛЕМІКА РОЗУМІННЯ ПОНЯТТЯ ПРАВОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ

Підвищення ролі й значення суду на сучасному етапі розвитку зумовлює постановку багатьох пов'язаних з цим проблем. Вирішального значення набуває питання про визначення місця правового прецеденту в правовій системі України і, зокрема, в системі джерел права.

Теоретична актуальність теми дослідження визначається неефективністю сучасного законодавства України в судовій системі та діяльності державних структур щодо його здійснення; запозиченням принципів, норм і цінностей західноєвропейської цивілізації, яка ігнорує правову культуру і правовий менталітет народу України; формуванням судової системи України на тлі кардинальних змін в правовій системі та у системі людського буття, що, по суті, залишається без уваги в теоретичних і прикладних дослідженнях юристів України. Судова практика на сьогодні — це, насамперед, носій об'єктивної інформації, що своєчасно сигналізує про ефективність прийнятих законодавцем правових норм та необхідність їх подальшого вдосконалення і розвитку. Відповідно особливо актуальними на сьогодні є дослідження можливостей правового прецеденту виступати джерелом права в межах української правової системи.

За часів тотального панування нормативістського підходу у правознавстві, коли вся юриспруденція виходила з розуміння права як сукупності законів та системи норм, заперечувались будь-які прояви правотворчості в судовій діяльності. Внаслідок цього переважна кількість робіт визначних радянських вчених, за невеликим винятком, містила вагоме ідеологічне навантаження і нещадну критику «буржуазних» теорій, які визнавали за правовим прецедентом вирішальне місце в системі джерел права.

Звісно, що не менш важливим питанням і в наш час залишається питання, що стосується визначення терміна «правовий прецедент». В юридичній літературі висловлювались і продовжують існувати різноманітні і навіть достатньо протилежні думки щодо поняття «правовий прецедент» та його соціального призначення.

Мета дослідження полягає у визначенні як поняття і ролі правового прецеденту в цілому, так і відображення його в системі джерел права України, впорядкуванні тенденцій його розвитку та наданні пропозицій для подальшої легалізації результатів судової практики як джерел права, в силу їх великого значення і виключної правової природи.

Передусім, слід зазначити, що «прецедент» — це поведінка у певній життєвій ситуації, що розглядається як зразок при аналогічних обставинах, саме таке тлумачення ми можемо зустріти в роботах минулого століття Б. О. Кистяківського.

При аналізі трансформації поняття «правовий прецедент» в історичному контексті стає очевидним, що юридична наука не досягла великих зрушень. Адже ті суперечності, що були наявні в XIX ст., залишаються і донині.

В юридичній літературі кінця XIX — початку XX ст. зустрічалися спроби визначення правового прецеденту та його різновидів тільки як підсумків, результатів діяльності судів, без включення в його зміст самої діяльності відповідних органів, в ході якої отримано такі результати. Розуміння поняття правового прецеденту як результату діяльності судів чи то інших державних органів, у вигляді сформованих положень з вирішення певної категорії справ, було поширено у вітчизняній юридичній літературі. Саме таке тлумачення правового прецеденту ми можемо зустріти в роботах провідних російських вчених XIX ст. Г. Ф. Шершеневича та Є. Н. Трубецького.

Під правовим (судовим) прецедентом традиційно розуміється письмове або усне рішення (конклюдентне волевиявлення) органу державної влади, який наділений легальними повноваженнями відправлення правосуддя, що стає еталоном, зразком при розгляді наступних аналогічних справ у майбутньому [19]. Тобто це таке судове рішення, у якому міститься правова норма. Словник юридичних термінів правовий прецедент визначає як (лат. *praecedens, praecedentis* — те що йде попереду, що передує) рішення суду (іншого державного органу) по конкретній справі, обов'язкове при вирішенні аналогічних справ цим же судом або судами, рівними чи нижчими відносно нього [6].

Професор права Київського університету ім. Св. Володимира Л. І. Петражицький, навпаки, ототожнював правовий прецедент з видовою діяльністю судової практики: «Судова практика, звичайно, не є особливий, самостійний вид права або вид звичайного права; взагалі, вона не право, а явище зовсім іншого порядку — низка людських дій, вчинків» [15, 452–453].

За радянських часів найчастіше питання про сутність правового прецеденту поставало в контексті з'ясування вченими юридичної природи постанов Пленуму Верховного Суду та можливостей їх визнання джерелами права. Відповідно автори намагалися зробити правильні висновки з цього приводу через такі поняття, як судовий прецедент, судова правотворчість, судова практика зрештою. Висновки були різні, як і власне визначення вищезазначених понять. Єдине, у чому збігались думки, — це визнання особливого статусу актів Пленуму Верховного Суду радянських республік і СРСР, однак остаточні положення тим не менш були не просто різні, а інколи навіть протилежні.

Зокрема, провідний цивіліст Й.С. Йоффе, не визнаючи правовий прецедент джерелом права, намагався довести, що керівні роз'яснення Пленуму Верховного Суду СРСР мають нормотворчу силу, шляхом відокремлення останніх від судової практики. «Від керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду слід відрізнити судову практику. Під судовою практикою розуміють узагальнене вираження єдиної лінії радянських органів при вирішенні справ даної категорії, що знаходить своє втілення у рішеннях і ухвалах народних судів і вищих судових інстанцій, які вступили в законну силу» [8, 48].

Подібної до викладеної вище точки зору дотримувався і професор Харківського університету С. Вільнянський, хоча свої висновки він обґрунтував за дещо іншими підставами. Розуміючи під правовим прецедентом правові положення, що виникли внаслідок постійного і однакового застосування їх у діяль-

ності суду при розгляді конкретних справ, він також виключав керівні роз'яснення з поняття судової практики, оскільки останні не є рішеннями по конкретних справах, з яких власне і складається судова практика [4, 57–58].

Абсолютно протилежною з цього приводу була думка вченого П. І. Орловського. Розглядаючи можливості визнання правового прецеденту джерелом права, він розумів, — не окремі судові рішення та ухвали навіть вищого судового органу (Верховного Суду СРСР), а саме висновки і узагальнення, що зроблені Пленумом Верховного Суду СРСР з низки однорідних судових рішень, що застосовуються судовими органами протягом певного періоду по однорідних справах [13, 95–96]. Отже, ним визнається, що виключно Пленум Верховного Суду СРСР, і тільки він, створює судову практику у формі своїх висновків, узагальнень та уточнень.

Вищенаведені приклади, цитовані з праць радянських вчених, по-різному визначаючи поняття «правовий прецедент», мають одну спільну рису: вони всі розглядають поняття правовий прецедент через призму результатів судової діяльності. На відміну від останніх прикладів, грузинський вчений Г. Г. Ткешеладзе зазначав, що поняття правовий прецедент, зокрема судовий прецедент в широкому розумінні охоплює діяльність усіх ланок судової системи [17, 14].

Провідний теоретик права А. Б. Венгеров розглядав правовий прецедент (судовий прецедент) також у широкому трактуванні — як синонім судової діяльності в цілому, як «частину суспільної практики, що пов'язана з діяльністю суду з розгляду судових справ, з боротьби зі злочинністю і правопорушеннями і т.п.» [3, 4].

У науці існувало й інше ставлення до правового прецеденту і звісно судового прецеденту зокрема. Б. О. Кистяківський зазначав, що необхідно дивитися на те право, що живе в народі і виражається в його поведінці, у його вчинках, угодах, а не на те право, що встановлене в параграфах кодексів. У цій зміні самого об'єкта і полягає розширення нашого пізнання права, що і досягається вивченням питання правотворчої ролі судді [10]. У свою чергу С. Е. Десницький стверджував, що «усіх пригод в жодній державі законами обмежити і передбачити не можливо, а тому у таких випадках необхідно дозволяти суддям вирішувати і судити справи по совісті та справедливості, і оскільки такий дозвіл судді надає простір, то його необхідно робити обережно і узаконити... спірні справи повинні вирішуватися по праву... якщо права не буде вистачати, то — по справедливості та істині» [7].

Дещо пізніше С. І. Вільнянський писав про те, що судова практика повинна одержати визнання як одного з джерел права. Більш того, він вважав, що судова практика створює свого роду стабільність і стійкість у застосуванні права, тому що сприяє прийняттю судового рішення у випадках, прямо не передбачених законом, або недостатньої ясності його тлумачення [5]. Але дана позиція в радянський час не одержала належної підтримки, тому що суперечила марксистсько-ленінському вченню про право, що відносило судовий прецедент до інститутів буржуазного права.

Політико-правові перетворення, які відбувалися в нашій країні на рубежі ХХ і ХХІ ст., торкнулися і базових уявлень про сутність права. Юристи стали розглядати право, переборюючи нормативізм, розуміти під ним не тільки закон, але і почали включати в це поняття також елементи свободи і справедливості. Таким чином, закон (формально) перестав бути єдиним вираженням права. Судову практику як реалізацію гуманістичних і справедливих початків також стали відносити до джерел права. Таким чином, судовий прецедент і судова правотворчість існували завжди, «прикриваючи своє буття різними легальними формами» [11].

Серед сучасних вчених спостерігаються такі ж самі розходження. Як зазначає професор С. В. Боботов, «правовий прецедент — це сукупність принципових рішень верховних судових інстанцій з питань правозастосування» [2, 108]. В цьому розумінні судова практика проявляється в результатах опосередкованої діяльності судів різних інстанцій, яка знаходить своє відображення як прецедент тлумачення в рішеннях вищих судових інстанцій із застосування норм права і усунення прогалин у чинному законодавстві.

Французький вчений П. Сандевуар розуміє правовий прецедент як «рішення, що виноситься судами і суддями по висновках справ, що розглядаються. Як правило, в усіх розвинутих правових системах вироки судів і суддів містять саме рішення, а також його мотивування» [16, 87].

В той же час, за визначенням професора С. С. Алексєєва, правовий прецедент є «об'єктивований досвід індивідуально-правової діяльності компетентних органів», що створюється в результаті вирішення конкретних юридичних справ [1, 340–341]. В подальшому автор розширює дане визначення і визначає його як живий досвід правосуддя, виражений у рішеннях з конкретних юридичних справ, базуючись при цьому на досвіді судочинства в системах загального права, які включають судовий прецедент в систему джерел права.

Професор В. О. Туманов у порівнянні з цим визначенням суттєво обмежує сферу судового прецеденту, відзначаючи, що під такою слід розуміти «сформовані судами загальні правові положення у вигляді правил, принципів і визначень, які наділені певним ступенем загальноприйнятності і обов'язковості» [18, 36–37].

Найґрунтовнішою, навіть і на сьогодні, розробкою поняття правового прецеденту та його місця в правовій системі залишається фундаментальна праця радянських вчених «Судова практика в радянській правовій системі» під редакцією доктора юридичних наук С. М. Братуся.

Також правовий прецедент розглядається і комплексно, включаючи в це поняття і судову діяльність у цілому, і результати такої діяльності зокрема.

Як зазначав В. Н. Карташов, на сьогодні можна виділити три основні точки зору щодо поняття правового та судового прецеденту. Одні автори ототожнюють прецедент з юридичною діяльністю. Інші, намагаючись відокремити прецедент від юридичної діяльності, відносять до неї лише певні підсумки діяльності, об'єктивований досвід правової діяльності компетентних органів державної влади і посадових осіб, пов'язаної з виробленням спеціальних право-

вих регуляторів — правоположень. Треті вчені розглядають правовий прецедент в нерозривній єдності правової діяльності і сформованого на її основі соціально-правового досвіду. «Правовий прецедент (судова практика) — це діяльність з видання (тлумачення, реалізації тощо) юридичних приписів, що пов'язана з єдністю накопиченого соціально-правового досвіду» [14, 344].

Необхідно відмітити, що академік С. В. Ківалов з цього приводу вважає, що юридичний (судовий або адміністративний) прецедент — це рішення по конкретній справі, якому надана нормативна сила та яке є взірцем для вирішення аналогічних справ [9, 36].

Деяко схожу думку мають Ю. М. Оборотов та Н. М. Крестовська, які зазначають, що судовий прецедент — це загальне, офіційне правило, яке встановлюється судом при вирішенні конкретної справи, тоді, коли він виявив, що зі всіх чинних правових норм жодна не підходить до цього випадку [12, 144].

Таким чином, спостерігається розходження поглядів і позицій щодо визначення поняття судової практики як юридичної категорії. Відсутнє чітке розмежування ролі та місця в правовому прецеденті діяльності відповідних судів по застосуванню норм права і опосередкованих результатів такої діяльності, які відображають розвиток норм права в правоположеннях, прецедентах тлумачення норм права і судових прецедентах. Ці теоретичні прогалини породжують суперечності з приводу соціальної ролі судової практики і визнання її джерелом права. Тобто превалюють дві різні точки зору, які сформувалися за результатами узагальнення і аналізу думок щодо поняття правового прецеденту. Однак варто зазначити, що, на наш погляд, ці точки зору не є альтернативними (взаємовиключними), оскільки вони просто відображають різні сторони правового прецеденту.

Отже, справедливо було б погодитися з тим, що поняття «правовий прецедент» існує в декількох значеннях. В першому розумінні він розглядається як синонім судової діяльності в цілому. В другому — під правовим прецедентом розуміють розроблені в державній діяльності правоположення, визначення — дефініції, правила, вказівки, які наділені особливим ступенем узагальненості, визначеності, аналогічності та, щонайменш деякі з них, загальнообов'язковості, а інші — носять рекомендаційний характер.

Необхідно зазначити, що при здійсненні правосуддя суддя керується апріорними модельними уявленнями при вирішенні судової справи, які формально виражені в діючих нормах права. Однак з урахуванням усіх обставин, умов справи суддя вирішує її, використовуючи суддівський розсуд. Тому в рішенні суду з конкретної справи містяться нові правоположення (правові положення) — специфічний результат (продукт) правозастосування, які є формальним вираженням апостеріорного модельного уявлення судді щодо здійснення правосуддя при вирішенні даної конкретної справи. В юридичній літературі дані правові положення залежно від характеру їх прояву отримали різні назви: правовий прецедент, судовий прецедент, прецедент тлумачення права, усунення прогалин у праві тощо. Ці нові модельні уявлення, які виникли в результаті судової діяльності, можуть і повинні бути використані при розгляді ана-

логічних чи подібних справ. Однак їх статус і характер прояву через джерела права суттєво різні у системах загального і континентального права. В традиціях загального права ця умова виконується внаслідок визнання рішень суду як судового прецеденту з беззаперечним визнанням його повноцінного місця в системі джерел права. В традиціях континентального права, як правило, йде узагальнення таких правових положень уповноваженими судовими чи законодавчими органами з подальшим зовнішнім проявом результатів такого узагальнення.

Враховуючи все вищевикладене, на нашу думку, правовий прецедент — це взаємодія рішення суду, виражених у нових або видозмінених правоположеннях, вироблених судовою владою та закріплених у рішеннях із конкретних справ і/чи в актах із сукупності однотипних конкретних судових справ, що є обов'язковими для судів тієї ж або нижчої інстанції при вирішенні аналогічних справ, або таке судове рішення, яке слугує зразковим еталоном тлумачення, що має рекомендаційний характер. При цьому пріоритетність правоположень, вироблених судовою владою, встановлюється згідно з діючою ієрархією, юридичною силою суддівської влади.

### Література

1. Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 1 / С. С. Алексеев. — М. : Юрид. лит., 1981. — 359 с.
2. Боботов С. В. Конституционная юстиция / С. В. Боботов. — М. : Изд-во ИЧП «ЕАВ», 1994. — 128 с.
3. Венгеров А. В. Роль судебной практики в развитии советского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. — теория и история государства и права; история политических и правовых учений / А. В. Венгеров ; Весоюз. науч.-исслед. ин-т сов. законодательства. — М., 1966. — 18 с.
4. Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву / С. И. Вильнянский. — Х. : Изд-во Харьк. гос. ун-та, 1958. — 340 с.
5. Вильнянский С. И. Значение судебной практики в гражданском праве // Ученые труды ВИЮН. — М., 1947. — Вып. 9. — С. 244–246.
6. Головченко В. В. Юридична термінологія / В. В. Головченко, В. С. Ковальський. — М. : ЮРИНКОН ІНТЕР, 1998. — 362 с.
7. Десницький С. Е. Представление об учреждении законодательной, управленческой и наказательной власти в Российской империи / С. Е. Десницький. С.Пб., 1905. — 210 с.
8. Йоффе О. С. Советское гражданское право. В 2 т. Т. 1 / О. С. Йоффе. — М. : Госюриздат, 1958. — 511 с.
9. Ківалов С. В. Основи правознавства України : навч. посіб. / С. В. Ківалов, П. П. Музиченко, Н. М. Крестовська, А. Ф. Крижанівський. Х. : Одісей, 2004. — 472 с.
10. Кнестяківський В. О. Социальные науки и право / В. О. Кнестяківський. М., 1916. С. 347–350.
11. Жуїков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. — М., 1997; Лившиц Р. З. Судебная практика как источник права // Там само; Подольская Н. А. Прецедент как источник права в романо-германской правовой семье // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1999. № 6; Марченко М. Н. Является ли судебная практика источником права // Журнал права. — 2000. — № 12.
12. Оборотов Ю. М. Теорія держави і права. Державний іспит / Ю. М. Оборотов, П. М. Крестовська, А. Ф. Крижанівський, Л. Г. Матвеева. — Х. : Одісей, 2010. — 256 с.
13. Орловский П. Значение судебной практики в развитии советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. № 8–9. С. 91–97.

14. Основы теории государства и права : учеб. пособие для юрид. ин-тов и фак. — М. : Госюриздат, 1963. — 563 с.
15. Пестражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией правевствности. В 2 т. Т. 1 / Л. И. Пестражицкий. — С.Пб., 1909. — 360 с.
16. Сандеуар П. Введение в право : пер. с фр. / П. Сандеуар. — М. : Междунар. отношения, 1994. — 157 с.
17. Ткешеліадзе Г. Г. Судебная практика и уголовный закон / Г. Г. Ткешеліадзе. — Тбилиси : Мцспирсба, 1975. — 175 с.
18. Туманов В. А. Роль судебной практики в развитии советского права // СССР — Франция. Социальные и международно-правовые аспекты сравнительного правоведения. — М. : Междунар. отношения, 1987. — С. 35–43.
19. Усанов В. Е. Теория государства и права : учеб. пособие / В. Е. Усанов, Т. Н. Хабеев. — М., 2007. — С. 147–148.

### Анотація

*Пархета А. А.* Полеміка розуміння поняття правового прецеденту. — Стаття.

Актуальність цієї тематики обумовлена питанням визначення правового прецеденту як джерела права в рамках української правової системи. Підвищення ролі й значення суду на сучасному етапі розвитку зумовлює постановку багатьох пов'язаних з цим проблем. Зауважено, що недостатня увага, що приділяється цьому напрямку у сучасній правовій доктрині, вже призвела до ряду проблем.

*Ключові слова:* юридичний прецедент, правова система, джерело права, рішення суду, юридична сила.

### Аннотация

*Пархета А. А.* Полемика понимания понятия правового прецедента. — Статья.

Актуальность данной тематики обусловлена вопросам определения правового прецедента как источника права в рамках украинской правовой системы. Повышение роли и значения суда на современном этапе развития обуславливает постановку многих связанных с этим проблем. Замечено, что недостаточное внимание, уделяемое данному направлению в современной правовой доктрине, уже привело к ряду проблем.

*Ключевые слова:* юридический прецедент, правовая система, источник права, решение суда, юридическая сила.

### Summary

*Parheta A. A.* The controversy of understanding the legal precedent. — Article.

Nowadays, the special actuality is made by researches of possibilities of legal precedent as the source of law within the frameworks of the Ukrainian legal system. The fundamental principle of precedent, created by a court decision, which provides an example or authority for judges deciding similar issues later. It is noticed that insufficient attention which is paid to this problem in modern legal doctrine already caused number of questions to solve.

*Keywords:* legal precedent, legal system, source of law, court decision, legal effect.