

УДК 340.5

Вікторія Геннадіївна Чумак,
аспірантка кафедри загальноправових
дисциплін та міжнародного права
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ В УКРАЇНІ: ШЛЯХ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ НА ПІДСТАВІ ПОЗИТИВНОГО ДОСВІДУ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Останнім часом все більшої популярності набуває питання впровадження судового прецеденту як допоміжного джерела права у правовій системі України. Необхідність такого заходу виникла як спроба тимчасового усунення протиріч між практикою та чинним законодавством, що дозволяє вирішувати справи за відсутності прийнятих норм права.

На нинішньому етапі розвитку нашої держави є декілька чинників, які уповільнюють розвиток судового прецеденту в праві України. Це насамперед корумпованість суддів, яка більш за все заважає становленню усталеної судової практики через розмивання її свідомо неправосудним рішенням, яке буде прийнято в інтересах тієї чи іншої особи, і відсутність ефективного механізму притягнення суддів до відповідальності за прийняття таких рішень. Недоліки системи підбору суддів, а також недостатній рівень їх кваліфікації ставлять під сумнів правомірність і кваліфікованість прийнятих рішень.

Проте нині — у час революційних реформ, коли приймається значна кількість законів, спрямованих на викорінення корупції, Україна виходить на новий рівень відносин, і шляхом вдосконалення і приведення у відповідність до європейських зразків свого законодавства незабаром зможе заявити про себе, як про сучасну, освічену, європейську державу.

Україні як державі романо-германської правової сім'ї притаманні судові прецеденти у вигляді усталеної судової практики (*jurisprudence constante*) і переконливого прецеденту (передусім рішень Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів). Для того щоб зрозуміти сутність і роль зазначених вище видів прецеденту і визначити саме той його тип, який допоможе вирішити проблеми, пропонуємо розібрати основні принципи й особливості їх застосування на досвіді англосаксонської та романо-германської правових сімей європейських країн.

У країнах загального права лише частина регулювання встановлюється законами. Натомість правила поведінки здебільшого встановлюються прецедентними рішеннями судів, які мають зворотну силу в часі. При цьому далеко не кожне рішення суду країни загального права є прецедентним. Навпаки, переважна більшість рішень, зокрема і вищих судів, не є прецедентними, а отже, і не є обов'язковими для будь-кого, крім сторін у справі.

Спосіб, у який суди країн загального права встановлюють правила поведінки, істотно відрізняється від способу, в який такі правила встановлюються законом у країнах континентального права. Нагадаємо, що норма закону країн континентального права характеризується високим ступенем абстрактності, розрахована на охоплення різноманітних життєвих ситуацій, що підпадають під її гіпотезу.

Рішення суду країн загального права (як і рішення суду країн континентального права) направлене на вирішення конкретного спору або вирішення питання про застосування покарання до конкретної особи. При цьому, однак, таке рішення суду країн загального права як побічний результат здійснення правосуддя у деяких випадках може створити загальнообов'язкове (у певному сенсі) правило («*binding case*»). Водночас правило створюється не за зразком континентальної норми права (гіпотеза — диспозиція — санкція), а шляхом формулювання аргументації, з якої виводиться певне правило, принцип, підхід («*ratio decidendi*»), застосування якої призвело до вирішення справи тим чи іншим способом за конкретних обставин. Рішення, що створює таким

чином нове правило, має застосовуватися у частині *ratio decidendi* нижчими інстанціями (вертикальна дія прецеденту) або тим самим судом чи іншими судами того самого рівня (горизонтальна дія прецеденту) при вирішенні «аналогічних» справ [1, с. 1042].

Французькі компаративісти зазначають, що прецедентом виступає «не саме судове рішення (яке *stricto sensu* є лише аналогом нашої резолютивної частини), оскільки воно за визначенням має силу тільки для конкретної справи, але уваги заслуговує виключно думка судді (або його виступ [*speech*], коли йдеться про Палату лордів), тобто насправді виклад мотивів нерідко є дуже великим за обсягом» [2, с. 62–63]. Саме у цих думках-виступах і слід шукати *ratio decidendi*, *obiter dictum* і тощо.

У працях із порівняльного правознавства французького вченого П. Леграна, відомого своїм однаково вільним володінням як континентальною, так і англосаксонською юридичною методологією, йдеться про відсутність обов'язків слідувати попередньому судовому рішення у тому випадку, коли суддя про нього знає. Але у судді також немає обов'язку знати про всі попередні судові рішення, якщо на них прямо не посилаються учасники судочинства (пошук «відповідних» прецедентів є завданням сторін у змагальному процесі) [3, с. 80–81].

Характерний приклад, наведений відомим англійським компаративістом Б. Маркезінісом, коли один з англійських лордів, вирішивши «обійти» прецедентне судове рішення, побудовав не на аргументації іншого лорда, який послався на концепцію Аристотеля про «розподільність юстиції», попросив адвоката «пробігтися» по електронним базам даних і підготувати довідку, чи часто англійські судді посилалися у минулому на Аристотеля. Результат його більш ніж задовольнив: виявилось лише одне посилання у рішенні щодо податкового спору, тобто низьке цитування Аристотеля стало аргументом проти судового прецеденту [4, с. 77].

У цьому сенсі судовий прецедент є аж ніяк не нормативно-обов'язковим джерелом права, а доктринальне джерело ідей, звідки англо-американські судді черпають необхідні їм підходи, конструкції, формулювання, займаючись доктринальною роботою.

На противагу цьому, у романо-германській правовій сім'ї під судовим прецедентом визначається інститут усталеної судової практики (*jurisprudence constante*), який є інструментом правотворчості судів країн континентального права. Суди країн континентального права за усталеним уявленням не можуть прецедентом створювати норми права, але правотворчість не обмежується встановленням текстів норм, а включає в себе й інтерпретацію, тлумачення закону. Йдеться, звісно, не про так зване «офіційне тлумачення» (яке, на жаль, має право сьогодні давати Конституційний Суд України), а про тлумачення у судовій практиці, без якого правозастосування неможливе. Таке тлумачення, що дається судом при розгляді справ, не має загальнообов'язкової сили і має значення лише для сторін у цих справах [5, с. 357].

Вдалим прикладом застосування судового прецеденту в континентальному праві є французьке адміністративне право, яке, як відомо, не було кодифіковано на рівні матеріально-правових норм, а формувалося суто процесуально — шляхом появи автономної гілки судової системи у вигляді адміністративної юстиції. У результаті цього французькі адміністративні судді опинилися у тій самій ситуації, що й судді *common law*, коли наявність процесуальних норм супроводжувалася повною відсутністю матеріально-правових норм. До того ж жодні інші кодекси, у тому числі цивільний і кримінальний кодекси, адміністративні судді застосовувати не повинні, оскільки сфери цивільного і кримінального права не належать до їх компетенції. У такій ситуації адміністративним суддям залишалося тільки «будувати» адміністративне право, тобто, по суті, всю публічно-правову матерію, через «судові прецеденти», які досі становлять у Франції його джерелознавчу основу [6, с. 28].

Таким чином, ідея захисту відносин за звичаєвим правом полягає у тому, що, по-перше, юристам і адвокатам надається можливість вибору системи поведінки та визначення судових прецедентів, на яких базуватиметься їх правова позиція, цінність і професіоналізм яких полягає в умінні переконати суддю, присяжних і присутніх у своїй правоті, не маючи при цьому однозначного регулювання законів щодо сформованих правовідносин. Саме в такому процесі найкраще розкривається принцип змагальності сторін. Таким чином, юрист відіграє важливу роль під час розгляду справи, адже пошук належних прецедентів покладається саме на нього, оскільки суддя не зобов'язаний брати до уваги повністю всі прецеденти, які були прийняті за весь час існування

права щодо схожих правовідносин, але зобов'язується враховувати при винесенні рішення у справі саме ті прецеденти, які були заявлені сторонами в конкретному процесі.

З другого боку, суддя незалежний у своєму рішенні щодо користування чітко визначеними прецедентами, проте саме від його об'єктивності й обґрунтованості винесення вироку буде залежати його авторитет, оскільки для цього необхідно відобразити достатню кількість схожих за принципом визначення правової позиції судових прецедентів, щоб його остаточний вердикт став зрозумілим і переконливим для його подальшого використання.

У континентальній Європі прецедент має не менш доктринальний характер, ніж у Великій Британії. Різниця лише в тому, що для англійських суддів прецедент був і часто досі є основним способом легітимації їх рішень. У континентальній Європі у суддів необхідності в цьому немає. Вони легко обґрунтовують свої рішення шляхом відсилання до господарського кодексу, кримінального кодексу та інших законів і використовують судову та доктринальну практику лише для пошуку посилання на норми закону, які необхідні при вирішенні спірних правовідносин, не посилаючись ні на попередні судові рішення, ні на авторитетні думки інших суддів, ні на доктринальні погляди відомих учених навіть тоді, коли відверто черпають у них своє натхнення. Вони просто «переносять» готові підходи і конструкції в «резолютивні» і «мотивувальні» частини власних рішень, в яких без посилання на «першоджерело» завжди згадують виключно статті, параграфи або абзаци законів, навколо яких і будується вся формальна аргументація [5, с. 359]. Перетворюватися на «вчених-юристів», уподібнюючи свої рішення науково-правовим трактатам, континентальним суддям не треба, оскільки основним способом легітимації для них служить легендарний принцип законності, якого цілком достатньо. Тому, на відміну від континентальних правових систем, де авторитетними правознавцями виступають автори трактатів і вчені (Дома, Порталіс, Жене), в Англії та США великі імена правознавців — це імена суддів (Дж. Маршалл, О. У. Холмс, Е. Уоррен).

З огляду на викладене вище, об'єктивних переваг англосаксонського прецеденту (за доктриною *stare decisis*) над континентальним (за доктриною *jurisprudence constante*) знайти не вдається. Зокрема, загальне право не дає змоги досягти більшого ступеня правової визначеності, ніж континентальне. Континентальний прецедент відрізняється більшою універсальністю, гнучкістю та демократичністю. Натомість при застосуванні англосаксонського прецеденту виникають значні труднощі щодо з'ясування змісту правила, створеного прецедентом (що виводиться з нього); визначення сфери дії такого правила; визначення належного прецеденту, що підлягає застосуванню; визначення випадків, коли прецедент не повинен застосовуватися чи від нього можна або необхідно відхилитися; виникає проблема зворотної дії прецеденту у часі; стимулюється невисокий рівень законодавчої техніки [5, с. 361].

Континентальна система права ставиться до англосаксонського прецеденту як до чужого, відкидає його [7, с. 12; 8, с. 593]. Тому розвиток судового прецеденту у праві України має відбуватися у спосіб, характерний для романо-германської правової сім'ї.

Зокрема, на прикладі зазначеного вище французького адміністративного права необхідно визначити проблемність галузі права, в якій наявна недостатня кількість нормативно-правових актів, охоплюючи сферу застосування у певних правовідносинах. Це, насамперед, галузі права, особливості регулювання яких залежить від людського фактору, такі як трудові правовідносини та моральна шкода. Якщо брати до уваги кодифікацію норм чинного трудового законодавства України, враховуючи те, що Кодекс законів про працю України був прийнятий за часів СРСР, коли більшість робочих місць надавалася державою. Нині обставини значно змінилися, та норми, якими регламентувалися відносини, застаріли. Відсутній ефективний нормативно-правовий механізм використання системи покарань роботодавців, особливо в неформальному секторі економіки, які порушують законодавство, а також криміналізованість «тіньового працевлаштування».

Іншою проблемою, з якою зіштовхуються судді, є визначення моральної шкоди. Саме поняття моральної шкоди є предметом дискусії серед учених, але неоднозначно його сприймають і юристи-практики. У зв'язку зі зростанням правосвідомості українського суспільства, а також розмитістю визначення моральної шкоди, останнім часом різко збільшилася кількість поданих позовів про її відшкодування. Сприяє цьому і той факт, що моральна (нематеріальна) шкода компенсується саме матеріальними засобами. Однак у процесі складання позовних заяв виникає найваж-

ливіше питання — питання розміру компенсації завданої моральної шкоди. Із зазначеними вище складнощами пов'язані і проблеми визначення розміру моральної шкоди в суді. Не могли не відреагувати на це і вищі судові інстанції. Так, Пленум Верховного Суду України видав постанову від 31 березня 1995 р. № 4 «Про судову практику в справах відшкодування моральної (немайнової) шкоди», однак вона не дає розширеного способу визначення розміру завданої шкоди, а лише, повторюючи положення Цивільного кодексу України, вказує, що приймаючи рішення з цього приводу, суд повинен вказати мотиви, виходячи з яких визначався розмір шкоди. Що стосується Вишого арбітражного (господарського) суду України, то в його роз'ясненні від 29 лютого 1996 р. № 02-5/95 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням моральної шкоди» практично відсутні вказівки з приводу визначення розміру відшкодування моральної шкоди, нанесеної юридичній особі. Проте в цьому роз'ясненні зазначається, що розмір такого відшкодування не може бути менше п'яти мінімальних розмірів заробітної плати [9, с. 31–32].

Також окремою темою для розмови є моральна шкода, завдана юридичній особі. У зв'язку з тим, що підприємство в будь-якій його організаційно-правовій формі є особою формальною за своєю природою, яка не наділена почуттями і сприйняттям, неможливо визначити розмір нанесеного збитку, виходячи зі ступеня та розміру душевних чи фізичних страждань.

Позитивна практика розгляду таких справ була б серйозним мотивом для належного ставлення до своїх обов'язків медичних працівників, співробітників правоохоронних органів, журналістів.

Зазначені приклади не є вичерпними. З огляду на викладене вище, ми бачимо, що є галузі правовідносин, в яких немає можливості повно та об'єктивно врегулювати правовідносини таким чином, щоб вони стали загально визначеними для всіх. Тому, на нашу думку, запровадження дії рекомендаційного характеру судового прецеденту в деяких галузях права значно розширить нормотворчість і полегшить вирішення спорів у судах.

Список використаних джерел

1. *Gilmore G.* Legal realism: its cause and cure / G. Gilmore // *Yale L. J.* — 1961. — Vol. 70. — P. 1037–1048.
2. *David R.* Le droit anglais / R. David, X. Blanc-Jouvan. — 10 ed. — Paris : PUF, 2003.
3. *Legrand P.* Le droit compare / P. Legrand. — Paris : PUF, 1999.
4. *Markesinis B.* Juges et universitaires face au droit compare. Histoire des trente-cinq dernieres annees / B. Markesinis trad. par M. Aubremont-Jestaz. — Paris : Dalloz, 2006.
5. *Попов Ю. Ю.* Прецедентне право у контексті загальнообов'язковості судових рішень та українські перспективи / Ю. Ю. Попов // *Форум права.* — 2010. — № 3. — С. 351–363 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-3/10pjttup.pdf>.
6. *Головко Л. В.* Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений / Л. В. Головко // *Вестник гражданского права.* — 2010. — № 6. — С. 4–36.
7. *Stigall D. E.* Comparative law and state-building: the «organic minimalist» approach to legal reconstruction / D. E. Stigall // *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. Rev.* — 2007. — Vol. 29. — P. 1–42.
8. *Haazen O. A.* Book Review: Precedent in the world court / O. A. Haazen // *Harv. Int'l L. J.* — 1997. — Vol. 38. — P. 587–602.
9. *Косован А.* Проблемы возмещения морального вреда / А. Косован // *Юридическая практика.* — 2007. — № 33.

Чумак В. Г. Судовий прецедент в Україні: шлях вдосконалення правової системи на підставі позитивного досвіду європейських країн

У статті розглядається особливість видів судового прецеденту на прикладі європейських правових систем і можливість застосування частин його положень у сучасному законодавстві України для заповнення прогалин і полегшення вибору тих чи інших норм права при розгляді однотипних справ. Приділяється увага ролі прецедентного права в судовій діяльності як джерела правозастосування, наводяться приклади галузей права, в яких судовий прецедент успішно застосовувався як джерело тлумачення і служив базою для формування необхідних норм права. Розкривається необхідність надання судовому прецеденту статусу рекомендаційного джерела при вирішенні справ у судовому порядку як допоміжному заході у правозастосуванні чинного законодавства України.

Ключові слова: судовий прецедент, джерело права, судова практика, правозастосовна діяльність, правова система, норми права, континентальне право.

Чумак В. Г. Судебний прецедент в Україні: пути совершенствования правовой системы на основании положительного опыта европейских стран

В статье рассматриваются особенности видов судебного прецедента на примере европейских правовых систем и последующая возможность применения частей его положений в современном законодательстве Украины для заполнения пробелов и облегчения выбора тех или иных норм права при рассмотрении однотипных дел. Уделяется внимание роли прецедентного права в судебной деятельности как источника правоприменения, приводятся примеры отраслей права, в которых судебный прецедент успешно применялся в качестве источника толкования и служил базой для формирования необходимых норм права.

Раскрывается необходимость предоставления судебному прецеденту статуса рекомендательного источника при разрешении дел в судебном порядке как вспомогательного мероприятия в правоприменении действующего законодательства Украины.

Ключевые слова: судебный прецедент, источник права, судебная практика, правоприменительная деятельность, правовая система, нормы права, континентальное право.

Chumak V. Judicial precedent in Ukraine: the way of improving the legal system based on positive experience of European countries

This article discusses the features of kinds of judicial precedent as an example of European legal systems and the subsequent possibility of using part of its provisions in the current legislation of Ukraine to fill gaps and facilitate the selection of one or another of the law in considering similar cases. Attention is paid to the role of case law in judicial activity as a source of law enforcement. There are some examples of law areas in which judicial precedent has been successfully used as a source of interpretation and served as a base for the formation of the necessary law.

Revealed to give the judicial precedents status of the recommendatory power in resolving cases through the courts, as a side event to the enforcement of current legislation in Ukraine.

Key words: judicial precedent, the source of law, jurisprudence, law enforcement, the legal system, the rule of law.

УДК 340.1

*Оксана Григорівна Юхта,
заступник директора департаменту —
начальник Управління систематизації
законодавства та правоосвітньої діяльності
Міністерства юстиції України*

СПІВВІДНОШЕННЯ І ВЗАЄМОЗВ'ЯЗОК КАТЕГОРІЙ «ПРАВА ДИТИНИ» ТА «ГІДНІСТЬ ДИТИНИ»: СУЧАСНІ ЦІННІСНІ ВИМІРИ

У Конвенції про права дитини (прийнята Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй (далі — Генеральна Асамблея ООН) у 1989 р. та ратифікована Україною 27 лютого 1991 р.) (далі — Конвенція) наголошується, що «дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше». Можна стверджувати, що діти — це особлива соціально-демографічна група населення, яка, маючи вікові межі від народження до 18 років, має і свої специфічні потреби, інтереси та права, але не володіє достатньою спроможністю відстоювати і захищати їх перед суспільством.

Одним із основних завдань у формуванні стратегії розвитку нашої держави є захист дитини як особистості у період її морального та духовного становлення. Законодавство України гарантує ди-