

**МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ**  
**ЛЬВІВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ВНУТРІШНІХ СПРАВ**

На правах рукопису

**СЛОТВІНСЬКА НАТАЛІЯ ДМИТРІВНА**

УДК 340.142(043.5)

**СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА**

12.00.01 – теорія та історія держави і права;  
історія політичних і правових учень

Дисертація на здобуття наукового ступеня  
кандидата юридичних наук

Науковий керівник:

**Гарасимів Тарас Зеновійович**

доктор юридичних наук, професор

Львів – 2016

## ЗМІСТ

|   |            |
|---|------------|
| <b>ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ .....</b>  | <b>3</b>   |
| <b>ВСТУП .....</b>  | <b>4</b>   |
| <b>РОЗДІЛ 1 ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ</b>  | <b>11</b>  |
| <b>ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА ....</b>                               |            |
| 1.1 Стан наукового дослідження теми .....   | 11         |
| 1.2 Методологія дослідження .....   | 20         |
| 1.3 Історичні етапи розвитку судової практики .....                                     | 26         |
| 1.4 Концептуальні підходи до визначення поняття судової практики як джерела права ..... | 44         |
| 1.5 Система та види судової практики .....  | 55         |
| Висновки до розділу 1 .....   | 70         |
| <b>РОЗДІЛ 2 СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА У СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ .....</b>     | <b>73</b>  |
| 2.1 Судова практика як джерело права в англо-американській правовій сім'ї .....         | 73         |
| 2.2 Судова практика як джерело права в романо-германській правовій сім'ї .....          | 111        |
| 2.3 Судова практика як джерело права в релігійних правових системах ....                | 120        |
| Висновки до розділу 2 .....   | 138        |
| <b>РОЗДІЛ 3 СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ .....</b>       | <b>140</b> |
| 3.1 Вплив судової практики на законодавчу діяльність .....                              | 140        |
| 3.2 Судова практика вищих судових органів України як складова судової практики .....    | 148        |
| 3.3 Основні тенденції розвитку судової практики як джерела права в Україні .....        | 158        |
| Висновки до розділу 3 .....   | 167        |
| <b>ВИСНОВКИ .....</b>   | <b>170</b> |
| <b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ .....</b>   | <b>176</b> |
| <b>ДОДАТКИ .....</b>  | <b>198</b> |

## ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

ВАСУ – Вищий адміністративний суд України

ВГСУ – Вищий господарський суд України

ВРУ – Верховна Рада України

ВС – Верховний Суд

ВСУ – Верховний Суд України

ГПК України – Господарський процесуальний кодекс України

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЄКПЛ – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

КАС України – Кодекс адміністративного судочинства України

КК України – Кримінальний кодекс України

КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України

КСУ – Конституційний Суд України

ООН – Організація об'єднаних націй

РРФСР – Російська Радянська Федеративна Соціалістична Республіка

СРСР – Союз Радянських Соціалістичних Республік

США – Сполучені штати Америки

УНР – Українська Народна Республіка

УРСР – Українська Радянська Соціалістична Республіка

ЦПК України – Цивільний процесуальний кодекс України

## ВСТУП

**Актуальність теми.** Сучасна реформа системи державних органів, у тому числі судових органів, є одним з основних елементів модернізації державного устрою. У процесі реформування зростає роль судових органів та підвищилося значення судових актів, що виявляється в помітному посиленні їх правового впливу на суспільні відносини.

Судова влада, як одна з гілок державної влади, в даний час здійснює не тільки функцію правосуддя, а й фактично функцію правотворчості. Проблема судової практики, як джерела права в Україні, має суперечливий характер. З одного боку, правотворчі повноваження суду не мають прямого законодавчого закріплення; з іншого – судові акти мають виражений правотворчий характер. Виникаючі протиріччя не тільки ускладнюють діяльність судів, але і приводять до різних процесуальних порушень в діяльності органів державної влади.

У зв'язку з цим в юридичній науці все частіше ставляться питання про роль і місце судової практики як джерела права у системі правових актів, а також про необхідність розгляду у вітчизняній правовій системі таких правових явищ, як судовий прецедент, судова правотворчість і судовий розсуд.

Отже, очевидно, що питання систематизації правових актів, уточнення ролі і місця судової практики як джерела права потребують якнайшвидшого вирішення. Теоретико-правове розв'язання цих питань не тільки сприятиме розширенню теоретичних знань, але й безпосередньо позитивно відіб'ється на підвищенні ефективності правозастосовчої діяльності органів державної влади, що також обумовлює актуальність обраної тематики дисертаційної роботи.

Дослідження окремих питань щодо судової практики, як джерела права, здійснено у працях відомих вітчизняних і зарубіжних науковців, а саме: С. Бакіліної, О. Балинської, С. Батуріна, В. Бачиніна, І. Билі, С. Бобровик, Ю. Буніна, Н. Бутусова, Ю. Ветютнева, Д. Вовка, О. Воловик, Т. Гарасиміва, В. Денисенка, С. Денисова, Є. Єграфової, Л. Заморської, М. Кагадія, М. Кельмана,

А. Козловського, М. Козюбри, О. Котухи, В. Ляшенка, С. Максимова, Н. Мамченка, Д. Манька, М. Никифорока, І. Оборотова, О. Павлишина, А. Палазяна, Н. Пархоменко, О. Пащуліна, О. Петришина, Є. Полянського, М. Придворова, П. Рабіновича, С. Рабіновича, О. Рижкова, М. Рісного, К. Сігалова, О. Скакун, В. Скоробагатої, С. Сливки, А. Соколової, З. Соломко, В. Тація, Ю. Тихомирова, В. Трофименка, В. Трофимова, Х. Харта, М. Цвіка, Ю. Шемшученка, К. Щеколова та ін.

Аналіз робіт зазначених авторів дає підстави стверджувати, що з позицій загальної теорії права не робилося спроб спеціального монографічного дослідження судової практики як джерела права.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.** Дисертаційну роботу виконано відповідно до Пріоритетних напрямів розвитку правової науки на 2011–2015 рр. Національної академії правових наук України, а також у контексті наукових досліджень Львівського державного університету внутрішніх справ: «Держава і право: філософсько-правовий та теоретико-історичний виміри» (Державний реєстраційний номер 0113U002433) та «Проблеми реформування правової системи України» (Державний реєстраційний номер 0113U007492).

**Мета і завдання дослідження.** *Мета роботи* – полягає в комплексному загальнотеоретичному аналізі судової практики як самостійної правової категорії, вивченні її правової природи, визначенні її місця і ролі в системі джерел права.

Для реалізації вказаної мети сформульовано такі *завдання*:

- проаналізувати підходи до визначення поняття судової практики та її сутності;
- розглянути історичні етапи розвитку судової практики як джерела права;
- визначити види судової практики;
- охарактеризувати судову практику як джерело права у сучасних правових системах;
- простежити динаміку впливу судової практики на законодавчу діяльність;

- виділити судову практику вищих судових органів України;
- охарактеризувати основні тенденції розвитку судової практики як джерела права.

*Об'єкт дослідження* – суспільні відносини, пов'язані з судовою діяльністю вищих органів (Конституційного Суду України, Верховного Суду України, Вищого адміністративного суду України, Вищого господарського суду України, Вищого спеціалізованого суду України з питань розгляду кримінальних і цивільних справ) судової влади щодо судової практики, прецеденту, правових позицій, що впливають на суспільні відносини у всіх сферах життєдіяльності людини.

*Предметом дослідження* є судова практика як джерело права.

**Методи дослідження.** Методологічну основу роботи становить комплекс філософських, загальнонаукових та спеціально-правових методів, що забезпечують здійснення об'єктивного аналізу предмета дослідження.

Діалектичний метод сприяв дослідженню поняття та сутності судової практики як джерела права (підрозділ 1.4), надав можливість визначити систему та види судової практики як джерела права (підрозділ 1.5). Герменевтичний метод використано при дослідженні змісту наукових праць вітчизняних та зарубіжних дослідників (підрозділ 1.1). Застосування історичного методу сприяло виокремленню етапів розвитку судової практики як джерела права (підрозділ 1.3). Системний метод використано для з'ясування і послідовного викладення положень, підходів до розуміння поняття та видів судової практики (підрозділи 1.4–1.5). Структурно–функціональний та порівняльно-правовий методи використано для аналізу судової практики як джерела права в англо-американській, романо-германській і релігійних правових системах (підрозділи 2.1–2.3). Формально–юридичний метод застосовано при розгляді питань, пов'язаних з категоріальним апаратом дослідження та проблемами його удосконалення (підрозділи 1.4, 3.1–3.3). Методи прогнозування та моделювання використано для вироблення тенденцій подальшого розвитку судової практики як

джерела права (підрозділ 3.3). Метод узагальнення застосовано для формулювання висновків.

*Науково-теоретичне підґрунтя* дисертаційної роботи складають наукові праці з історії держави і права, загальної теорії держави і права, порівняльного правознавства, конституційного права, цивільного права, адміністративного права та судочинства, кримінального права і філософії права.

*Нормативно-правовою основою* роботи стали положення Конституції України, міжнародно-правових договорів, законодавчих актів та інших нормативно-правових актів України, що стосуються судової практики як джерела права.

**Наукова новизна одержаних результатів** визначається тим, що:

*уперше:*

– зроблено висновок, що практика вищих судових органів є джерелом права лише тоді, коли в судовому акті: закріплені положення, що роз'яснюють специфіку застосування нормативних актів; вироблені нові правові правила матеріального і/або процесуального характеру; дано тлумачення правової норми; сформульовано правову позицію, якою подолано прогалину, дефект або колізію в нормативно-правовому акті;

– обґрунтовано, що одним із способів вдосконалення законодавства є забезпечення безпосереднього обміну інформацією між вищими судовими органами та законодавчою владою про його стан, з визначенням нормативно-правових актів, що потребують змін, доповнень чи скасування або прийняття нового закону. Запропоновано запровадити при підготовці законопроектів судово-правовий моніторинг, який дозволить виявляти вже встановлені судовою практикою проблемні норми права, що потребують корегування зі сторони законодавчих органів;

– зазначено, що у правовій системі України нормотворча функція органів судової влади офіційно не закріплена, проте вищі судові органи поряд з тлумаченням правових норм і їх застосуванням фактично здійснюють

нормотворчу функцію. Розглянуто судову нормотворчість як вироблення вищими судовими органами загальних норм правового регулювання, тлумачення норм в процесі своєї діяльності із закріпленням цих результатів в судовому акті;

*удосконалено:*

– підходи до розуміння правових позицій судових органів залежно від статусу органу в ієрархії судової системи. Наголошено, що формування правових позицій вищими судовими інстанціями надає їм загальнообов'язкового характеру, усуває правову невизначеність у регулюванні відносин та зобов'язує суди нижчих інстанцій до їх безпосереднього застосування для вирішення спорів;

– визначення поняття судової практики як певного результату, підсумку судової діяльності, в певному виді судочинства, заснованого на досвіді та суддівському розсуді, закріпленого в судовому акті, що містить правові положення, тлумачення норми права, правові позиції, принципи і є прикладом для правозастосування судами нижчих інстанцій;

– розуміння судового прецеденту як судового рішення вищого органу судової влади у конкретній справі, винесеного в межах певної юридичної процедури, що містить судову норму і має обов'язковий характер застосування для аналогічних справ у майбутньому.

*набули подальшого розвитку:*

– науковий аналіз процесів правозастосування, тлумачення права, судового нормоконтролю, у процесі яких відбувається формування судової норми. Результатом такої діяльності є вироблення правової аргументації, що закріплена в судовому рішенні у формі правових позицій;

– визначення загальнообов'язковості судової практики вищих судових органів, що сприяє зниженню ризиків в тлумаченні і застосуванні норм права на шкоду правам і свободам фізичних і юридичних осіб, забезпечує єдність судової практики, виробленої вищими судовими органами, створює послідовність у застосуванні норм права судами нижчих інстанцій.



**Практичне значення одержаних результатів.** Сформульовані в дисертації висновки, положення та пропозиції можуть бути використані у:

– *науково-дослідній сфері* – для удосконалення та подальшого розвитку загальнотеоретичних уявлень про категорію «судова практика як джерело права» в теорії права та галузевих науках;

– *правотворчій та правозастосовній діяльності* – аналітичні напрацювання і розробки суб'єкти правотворення та правозастосування можуть використати для удосконалення чинних і прийняття нових законів та інших нормативно-правових актів, а також поліпшення якості законодавчої та правозастосовної практики;

– *навчальному процесі* – під час підготовки курсу лекцій для дисциплін «Теорія держави і права», «Актуальні проблеми теорії держави і права», «Порівняльне правознавство», «Філософія права», «Соціологія права». Окремі положення дисертаційної роботи можуть бути використані для підготовки відповідних розділів підручників та навчальних посібників;

– *правовиховній роботі* – для підвищення правової культури учасників правотворчої та правозастосовної діяльності.

**Особистий внесок здобувача.** Усі сформульовані в дисертаційній роботі положення та висновки обґрунтовано на основі самостійних досліджень автора. Для аргументації окремих положень дослідження використано наукові праці інших учених, на які зроблено відповідні посилання.

**Апробація результатів дисертації.** Дисертація була обговорена та схвалена на кафедрі теорії та історії держави і права Львівського державного університету внутрішніх справ. Низку її положень було виголошено в доповідях на науково-практичних заходах: звітній науковій конференції ад'юнктів, аспірантів та здобувачів «Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства» (м. Львів, 27 вересня 2013 року), звітній науковій конференції ад'юнктів, аспірантів та здобувачів «Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні» (м. Львів, 17 жовтня 2014 року), IV Всеукраїнській науковій Інтернет-конференції «Держава в умовах

надзвичайного, воєнного стану та/чи військової окупації: історія і сучасність (правові аспекти)» (м. Львів, 19 червня 2015 року), II-ї заочній науково-практичній конференції «Державотворення та правотворення в Україні: проблеми та перспективи розвитку» (м. Львів, 16 квітня 2015 р.), науково-практичному семінарі «Забезпечення органами внутрішніх справ європейських стандартів прав людини у своїй діяльності» (м. Львів, 7 грудня 2012 року), I науковій-практичній конференції «Теорія і практика конституціоналізму: український та зарубіжний досвід» (м. Львів, 30 квітня 2015 року), звітній науковій конференції ад'юнктів, аспірантів та здобувачів «Проблеми правової реформи та розбудови громадянського суспільства в Україні» (м. Львів, 16 жовтня 2015 року), науково-практичній конференції «Правові, соціально-психологічні та інформаційні процеси державотворення в контексті євроінтеграції» (м. Львів, 8–9 лютого 2016 року).

**Публікації.** Основні положення та висновки дисертації викладено в 13 публікаціях, з яких чотири статті у наукових фахових виданнях України, одна стаття у науковому періодичному іноземному виданні та вісім тез доповідей на науково-практичних заходах.

## РОЗДІЛ 1

### ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА

#### 1.1 Стан наукового дослідження теми

Євроінтеграційний розвиток правової системи України зумовлює формування і розвиток нових правових явищ та процесів. Зумовлено це коригуванням та вдосконаленням вітчизняного законодавства і юридичної практики відповідно до міжнародних стандартів та ефективних прикладів правотворчої діяльності. Звісно, явища та процеси, що мають загальноправовий характер, підлягають загальнотеоретичному дослідженню. Однак, деякі зі правових понять слід не лише науково осмислити, а переосмислити. До таких правових категорій належить судова практика.

Підписання Україною Угоди про асоціацію з Європейським Союзом 27 червня 2014 року [184] та її подальша ратифікація [143] зумовило запровадження нових підходів до утвердження верховенства права та укріплення інституцій усіх рівнів у сфері управління загалом та судових органів зокрема, задля зміцнення судової влади, підвищення її ефективності, гарантування її незалежності та неупередженості на основі принципу поваги до прав людини і основоположних свобод.

З однієї сторони, першочергове завдання сучасної правової науки – формування цілісного понятійно-категоріального апарату, який би у повній мірі відображав правову реальність. З другої сторони, сформовані правові поняття і категорії, не завжди сприяють своєчасному реагуванню на стрімкі зміни, що відбуваються у суспільстві, що часто сповільнює наукове пізнання і перешкоджає ефективному правовому розвитку.

Сформована ще у радянські часи теорія правотворчості та джерел права не

завжди сприяє об'єктивному аналізу судової практики як джерела права. У низці наукових досліджень можна зустріти акцент виключно на нормативно-правових актах як джерела права у правовій системі України. У цих же дослідженнях не тільки ігнорується, а й заперечується існування судової практики як джерела права.

Питання судової практики як джерела права порушувалося в юридичній науці неодноразово. Вітчизняні науковці часто зверталися прямо чи опосередковано до питання визнання судової практики як джерела права.

Якщо згрупувати позиції науковців щодо цієї проблеми, то можна виділити три групи суджень: 1) правотворчість полягає у формуванні, зміні та скасуванні норм права виключно законодавчими і виконавчими органами; 2) судові органи уповноважені лише на здійснення правосуддя; 3) суд у своїх рішеннях не може створювати правові норми.

Зокрема, за спеціальністю 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» захищено дисертації, предмет яких побіжно зачіпав питання судової практики як джерела права. Серед дисертаційних робіт за цією спеціальністю варто виділити деякі дослідження.

Так, О. О. Мартиненко у роботі «Теоретичні засади судової правотворчості у концепції юридичного прагматизму» висвітлив судову правотворчість як засіб подолання прогалин у законодавстві, конкретизації чинних правових норм, засіб формування альтернативних юридичних норм шляхом скасування чинних, дослідив прояви судової правотворчості у діяльності Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції, окреслив практичний вимір судової правотворчості для правосуддя та соціального регулювання [93]. Ще один вчений М. Ю. Горбань у своїй роботі «Судова правоконкретизація: загальнотеоретичні аспекти» здійснив аналіз положень про судову правоконкретизацію, виявив ознаки правозастосовної, правотлумачної та правотворчої конкретизації [35]. Натомість, А. А. Марченко провів дослідження на тему: «Судовий прецедент у правовій системі України», в якому розкрито роль судової практики Верховного

Суду України та вищих спеціалізованих судів України у формуванні джерел права України, охарактеризовано дискусійні питання визнання судової практики джерелом права та її ролі у процесі конкретизації законів при застосуванні норм права [94]. Водночас, В. І. Потапенко розглянув проблематику самостійності судової влади, визначивши функції судової практики у державному управлінні та функціонуванні судової влади зокрема, [132] тощо.

Український дослідник-правник Б. Кістяківський вважав, що за допомогою судової практики можна перетворити на «мертві» ті кримінально-правові норми, що суперечать існуючим суспільним відносинам. Приписуючи судді, з одного боку, повагу до законодавця, висловленої в законах писаних, він як би не відкидав значення точного тексту норми, що тлумачилася, і разом з тим, з іншого боку, був проти однакового застосування норм у всіх випадках, на які вона розрахована [191, с.119].

Багато років успішно поєднував науково-викладацьку й судову діяльність відомий цивіліст, академік Всеукраїнської Академії наук з 1923 р. О. М. Гуляєв. На додаток до професорських посад він був членом Київського окружного суду (з 1896 р.) і Київської судової палати (з 1903 р.), товаришем абер-прокурора цивільного касаційного департаменту Російського Сенату (з 1908 р.), сенатором цього ж департаменту (з 1916 р.). Його творчості належало ряд праць, безпосереднім джерелом яких стала саме судова практика: «Иски о восстановлении нарушенного владения в практике Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената», «Толкование закона в практике Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената», «Право участия частного в практике Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената», «Общие учения системы гражданского права в практике Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената за пятьдесят лет», «Акты и свидетельские показания в гражданской судебной практике», більшість яких витримало у 1910–1916 рр. кілька перевидань [186, с. 72].

У юриспруденції наявні різні концепції судової практики. Основне, що їх об'єднує, це спроба визначити місце судової практики в ієрархії джерел права. Але, як зазначає А. Дрішлюк, виникає проблема, адже питання про джерела права та їх форми само по собі належить до дискусійних. У сфері правозастосування спроби сформуванню єдиної судової практики з багатьох категорій спорів тривають не перший рік. Дослідник окремо зауважує, що однорідність судової практики не може бути самоціллю. Судові акти, як один із видів застосування права, спрямовані насамперед на індивідуальне врегулювання суспільних відносин. Кожен з цих актів вирішує індивідуальний спір. Використання такого «індивідуального правила», як власні і його формулювання – справа дуже складна та делікатна. Водночас розгляд справи під одне «кліше» позбавляє правозастосування головної ознаки – індивідуальності [49, с. 28].

Один з представників психологічної теорії права Л. І. Петражицький вважав, що постійна одноманітна судова практика, не складає «джерела права» в сенсі особливого виду позитивного права. Але, з іншого боку, безсумнівний факт, що іноді, при відомих умовах і окремії преюдиції, головним чином, рішення вищих судів (перш рішення монархів, які брали особисту участь у відправленні правосуддя) отримують в психіці суддів та інших значення нормативних фактів [126, с. 454].

Визнаючи судову практику самостійним джерелом права, М. М. Конкуров наголошував, що це не слід розуміти так, щоб одного разу прийняте судом рішення щодо певного спірного питання безумовно пов'язувало суд на майбутній час. Якщо кожен закон може бути замінено новим, то й судова практика не може бути стабільна. Але, з іншого боку, сталість судової практики обумовлює визначеність правових відносин та має важливе значення. Одна з перших умов правосуддя це те, щоб закони застосовувалися до всіх однаково, а це неможливо без одноманітної, стійкої судової практики.

Суд тому завжди схильний підтримувати рішення, які вже прийнято попередньою практикою. Потрібні вагомі підстави, щоб схилити суд до зміни

усталеної практики. Тому ймовірно те, що раз прийняте судом рішення буде підтримуватися ним і в подальших рішеннях [73, с. 384–385].

Розкриваючи філософські й теоретико-правові аспекти смислових зв'язків між природним типом праворозуміння і державно-юридичною практикою, С. П. Рабінович вважає, що суддівська практика, здійснювана на основі загальних принципів права, будучи діяльнісною формою реалізації юснатуралістичних підходів, залишається постійно діючим інструментом адаптації кодифікованого позитивного права до соціальних змін [151, с. 509].

Діяльність міжнародних судових інстанцій та конституційне судочинство є тими сферами, в яких природно-правові підходи можуть знайти особливо широке застосування, зумовлене передовсім функціями відповідних судових інстанцій у системі контролю за розподілом найважливіших соціальних благ [151, с. 509].

Нормотворчу діяльність, якою завершується процес утворення об'єктивного права, здійснюють не лише законодавчі органи, нею займаються в своєрідному виді при дії прецеденту судові органи в ході відправлення правосуддя, а також узагальнення судової практики [204, с. 125].

Оцінивши практику нормозастосування в цілому по країні та протягом багатьох років, в результаті перед нами буде вельми поширене юридичне явище, яке має вплив на тисячі і сотні тисяч людей – їх відносини, права і свободи, сподівання і інтереси виявляються залежними від правосуддя, іншої нормозастосовчої діяльності. Суд вирішує конкретну справу, але справ таких у нього сотні. Сотні справ розглядають сотні суддів. І від цієї судової практики знаходяться в залежності не тільки тисячі конкретних осіб, а й стан правових відносин в країні, дієвість законності та міцність правопорядку, престиж закону і влади, правосвідомість мільйонів. Чи можна після цього думати, що пізнання, пов'язане з нормозастосовчою діяльністю в цілому, носить дійсно обмежений, приватний характер? Звичайно, воно має публічний характер, хоча проводиться у зв'язку з окремими справами. Не кажучи вже про те, що його публічність (у іншому аспекті) обумовлена вимогами закону і зумовлює так чи інакше судові

акти, що виносяться від імені держави [204, с. 133].

При цьому навіть у правових системах, які не визнають судову практику джерелом права, з'ясування і офіційне роз'яснення законів у цілому ряді випадків перетворюються на нормотворчість, у розробку відносно самостійних правоположень. Коли ж виявляються прогалини в законодавчому регулюванні якихось відносин, то в цьому випадку тривале і масштабне, однакове їх заповнення судом вже в чистому вигляді формує нову юридичну норму. Нарешті, зауважимо, що застосуванням норм права займаються різні державні органи, але найбільшою мірою юридизований, природно, судовий процес [204, с. 134–135].

Судова нормотворчість являє своєрідну форму офіційного визнання вже сформованого права (правовідносин) або додання правового характеру фактичним відносинам, які беруться під захист держави шляхом однакового і постійного винесення судових рішень в аналогічних справах, або, нарешті, форму вироблення нових загальних норм в результаті узагальнення судової практики і винесення вищими судами відповідних директивних вказівок, обов'язкових для нижчих судових інстанцій.

З того, що суд – єдиний державний орган, що відправляє правосуддя, ніяк не впливає неодмінне обмеження його діяльності застосуванням законів. Сама задача відправлення правосуддя припускає можливість при відсутності відповідного закону заповнити прогалину і доцільність контролю суду над законністю нормативних та інших актів управління. Інша справа, що судові акти не можуть підміняти собою законодавство і йому суперечити. Не повинен суд і приймати на себе не властиву йому функцію державного управління – це позбавило б його якості органу правосуддя, що оцінює по конкретних справах і в необхідних випадках законність управлінської, адміністративної діяльності. У демократично влаштованій державі громадяни повинні мати право оскаржити в судовому порядку адміністративні заходи, що порушують їх конституційні права і свободи [204, с. 140].

Одним із принципів законодавчої діяльності є оптимальне врахування



специфіки правового регулювання, його об'єктивних рамок і меж, особливостей предмета і відповідних методів юридичної регламентації; своєчасне оновлення законодавства, його належна інкорпорація і кодифікація; постійний облік судової (арбітражної) практики, стану правосвідомості населення і громадської думки, ефективності дії законів, стану правопорушності (у тому числі злочинності) [204, с. 144].

Одним з демократичних принципів правосуддя є визнання судової практики джерелом права за умови, якщо вона не протиставляється закону [204, с. 144]; генезис права може бути органічно пов'язаний з судовою діяльністю, оскільки немає підстав до того, щоб історично обумовлене прецедентне право просто відкидати при аналізі принципів правосуддя, в процесі здійснення якого воно формується. Тим більше, що незалежно від офіційних установок і теоретичних концепцій судова практика в дійсності народжує нові юридичні норми. Подібний шлях правотворення настільки ж об'єктивно закономірний, як і завершення правотворення виданням закону, відповідно до якого встановлюється суб'єктивне право. Спонтанний і раціональний шлях, точніше етап, завершальний генезис права, існують одночасно, хоча пріоритетом користується один з них. Очевидно, що держава не в змозі, навіть активно виконуючи законодавчу функцію, штучно «закрити» стихійне правотворення, оскільки не в змозі повністю виключити з життя суспільства елементи стихійного утворення тих чи інших суспільних відносин, навіть при плановому веденні господарського і культурного будівництва. Всі результати державних заходів заздалегідь не передбачити, якими б науковими були прогнози. Однак, влада в змозі накласти суттєві обмеження на спонтанне нормотворення, санкціоноване судом, і може вимагати, щоб нормотворча діяльність суду не суперечила закону. Це і висловлює принцип, про який йде мова. Не тільки з наукової, але і з практично-політичної точки зору подібне вихідне положення могло б бути цілком прийнятним: для країн з прецедентним правом воно вводить нормотворчу діяльність суду в підзаконний стан, не руйнуючи сформовану традицію і не применшуючи престижу

правосуддя; для країн, де прецедентне право відсутнє, воно допускає нормотворчість суду в ім'я втілення в життя основних законів держави та захисту прав суб'єктів суспільних відносин [204, с. 148].

Тривалий час вітчизняною правовою наукою воля законодавчого органу держави розглядалася як єдине джерело формування й розвитку права. Судам традиційно відводилася роль уповноваженого виключно на застосування правових норм, можливість впливу судової практики на формування права не визначалося.

В. Ю. Соловійов у результаті дослідження судової практики як феномену, констатує, що «суди не створюють, а застосовують право». Дослідник не розмежовує понять «судова практика» та «судовий прецедент», а вживає їх як синоніми. Це зумовило сформування в В. Ю. Соловійова твердження, що «в Росії судовий прецедент не може бути визнаний джерелом права» [163, с. 5, 18].

На сучасному етапі розвитку процесуального права всі дискусії щодо механізмів забезпечення єдності судової практики зводяться до щонайменше трьох тем: місце рішень вищих спеціалізованих інстанцій у конкретних справах у правовій системі України; проблема судового прецеденту; значення та правова природа постанов Пленуму Вищого господарського суду України, висновків (правових позицій) Конституційного та Верховного Судів України.

Щодо правових позицій Конституційного Суду України як джерела права, у правовій науці існують різні підходи до розуміння. Так, на думку М. Тесленка, правові позиції Конституційного Суду України як джерело права здатні заповнювати прогалини в законодавстві і вирішувати колізії в ньому відповідно до букви і духу закону, розкриваючи при цьому особливості права як живого організму [179, с. 38]. У свою чергу П. Ткачук відмічає, що правові позиції Конституційного Суду України є результатом інтерпретації положень Конституції чи законів України. Вони можуть міститися як у рішеннях, так і висновках, а також в ухвалах Конституційного Суду. В одних випадках правова позиція найвищого органу конституційної юрисдикції є викладенням розуміння тієї чи

іншої норми Конституції або закону. Тут вона, по-суті, є тлумаченням позиції законодавця і складовою відповідних норм. В інших випадках правова позиція є узагальненням знань, розумінням дії конституційно-правових приписів стосовно конкретної правової ситуації [181, с. 16]. На думку В. Кампо не може існувати єдиного розуміння правових позицій Конституційного Суду України, оскільки з різних доктринальних поглядів (доктрина правової держави, доктрина верховенства права), одні й ті самі позиції можуть розглядатися як такі, що містять дещо відмінний результат.

У процесі тривалих наукових дискусії про судову практику, як джерело права, дослідники поки не дійшли до спільного «знаменника» у вирішенні даної проблеми. В основному науковці ототожнюють рішення вищих судових органів з нормативними актами, що мають силу закону, а судову нормотворчість з правотворчістю та законотворчістю. Саме ці обставини і породжують дискусію в науці та практиці.

З точки зору сучасного праворозуміння і діяльності органів судочинства у сфері нормотворення можна говорити про коригування, доповнення, а в необхідних випадках – про вироблення правових позицій (судових норм) саме вищими судовими органами для створення єдиної, загальнообов'язкової судової практики, яке свого часу Є. Ерліх визначив як «живе право», що є сполучною ланкою між нормативно-правовим актом і суспільними відносинами, забезпечуючи тим самим правову стійкість і безпеку права загалом.

Судове нормотворення не є постійним, як законотворчість, а виникає у процесі здійснення вищими судовими інстанціями своїх функцій, коли суд стикається з прогалиною, дефектом в праві або законі, з неконституційним законом, з нормою правового акта, що потребує тлумачення. У цих випадках, для вирішення спору суд формулює судову норму, яка як вирішує спір, так і стає додатковим регулятором суспільних відносин, з характерними ознаками джерела права. Саме в таких випадках діє механізм судової нормотворчості як необхідний і невід'ємний елемент правової системи.

Судові норми хоча і мають певні ознаки нормативності, але порівнювати їх з нормами права (закону) не слід, оскільки вони містять нормативні правила до конкретного випадку, поширюються включно на схожі випадки і час їх дії обмежений, до прийняття нової норми закону. Таке розуміння нормотворчості з боку вищих судових органів не порушує принципу поділу влади, оскільки у кожній гілці влади є власні функції. Законодавча влада змінює, скасовує і приймає закони, виконавча влада їх виконує, виробляє до них підзаконні акти, нормативного характеру, судова влада застосовує закони, створюючи в необхідних випадках судові норми, тим самим виконуючи нормотворчу функцію.

Розглянуті питання про судову практику в правовій системі дозволяють виявити її певну значимість не тільки в застосуванні права, а й розглядати судову практику як джерело права, що сприяє ефективному правовому регулюванню в поєднанні з іншими джерелами суспільних відносин і має позитивний вплив на формування правових норм в правовій системі України.

## **1.2 Методологія дослідження**

Достовірність отриманих результатів дисертаційного дослідження, як відомо, залежить від правильного використання методології. Водночас, у науковій літературі однотипне розуміння методології відсутнє.

Так, під методологією одні автори розуміють філософське вчення про систему методів наукового пізнання та перетворення реальної дійсності, а також вчення про застосування принципів, категорій, законів діалектики та науки до процесу пізнання і практики в інтересах набуття нових знань [10, с. 17].

В той же час, інші трактують методологію як систему принципів та способів організації теоретичної та практичної діяльності, а також вчення про цю систему [81, с. 12], або ж як вчення про організацію діяльності (тобто вчення про організацію продуктивної діяльності, що спрямована на отримання нового результату) [108, с. 20].

Висловлюються й міркування про те, що методологія – це вчення про структуру, логічну організацію, методи, засоби і форми діяльності дослідника в процесі пізнання ним досліджуваних явищ [63, с. 42].

В той же час, Керімов Д. А. під методологією розуміє інтегративне явище, що об'єднує низку компонентів: світоглядні та фундаментальні загальнотеоретичні концепції, всезагальні філософські закони і категорії, загальні та спеціально-юридичні методи [65, с. 46]. На думку Костицького М. В., методологія – це вчення, цілісна теорія з поняттями й категоріями, світогляд, через призму яких і здійснюється пізнання з допомогою методів у відповідності з технологією їх застосування – методикою [74, с. 6].

Однак, слід погодитися з позицією Луць Л. А., яка приходить до висновку, що методологія – це сукупність підходів, методів та засобів пізнання державно-правових явищ, які спрямовані на отримання соціально значимих знань про них та організацію їх у певну систему [90, с. 48].

Як відомо, аналіз будь-якого об'єкта потребує застосування адекватних його природі методів та засобів. Саме тому вибір підходів, методів та засобів пізнання у межах цього дисертаційного дослідження був обумовлений його предметом: загальними закономірностями судової практики, особливостями правозастосовчого, правотлумачного та правотворчого її різновидів, зокрема й в Україні. Водночас, варто зазначити, що предмет дослідження також визначив частоту прийомів пізнання у межах відповідних методів.

В основу дисертаційного дослідження покладено діалектичний підхід, центром якого є теорія розвитку. Діалектика є вченням про розвиток як безкінечний, поступальний, суперечливий процес, а розвиток тлумачиться як боротьба протилежностей, стрибкоподібний перехід кількості в якість та навпаки, а також як рух по спіралі [128, с. 305]. І якщо під рухом розуміються будь-які зміни, то розвиток розглядається як рух у певному напрямку, переважно як поступовий, висхідний рух. У своїй науковій праці Лисий В. П. зазначає, що перехід є видом зв'язку категорій якості й кількості, буття і небуття, міри і

безмірного тощо, рефлексія (відношення) – видом зв'язку категорій сутності і явища, тотожності й відмінності, причини та дії і т. ін., в той час як розвиток – видом зв'язку категорій одиничне, особливе, загальне тощо [82, с. 23].

Такий підхід, основою якого є вчення про взаємопов'язаність, розвиток та змінюваність явищ, дозволив виявити закономірності судової практики як джерела права, як явища, що функціонує та розвивається.

Такі принципи діалектики пізнання як всебічність, об'єктивність, конкретність і повнота пізнання, а також логічні прийоми пізнання, зокрема, аналіз і синтез, індукція та дедукція, узагальнення й абстрагування, супроводжували весь процес дисертаційного дослідження.

Говорячи про інтегральне значення використання аналізу та синтезу в юридичних дослідженнях, які дозволяють переходити від менш конкретних до більш конкретних правових категорій, Керімов Д. А. стверджує, що процес пізнання має багатоступеневий характер, а його модель умовно можна зобразити як рух від безпосереднього споглядання конкретного через його аналіз, що приводить до утворення абстракцій, після чого слідує їх практична перевірка, що змінюється синтезом абстракцій та його практичною перевіркою в подальшому, в результаті чого приходимо до конкретного як єдності багатоманітного [64].

Під абстрагуванням розуміють відсторонення від несуттєвих чи нетипових, не ключових ознак чи властивостей явищ, виявлення та фіксацію закономірностей розвитку в їх незмінній повторюваності та у встановленні найбільш суттєвих, типових ознак, що притаманні всьому класу, типу чи виду певного явища та відрізняють його від інших. Таким чином, внаслідок абстрагування найбільш характерні властивості (ознаки) об'єкта чи явища державно-правового характеру повинні бути виражені у відповідних поняттях чи категоріях з найбільшою точністю, граничною чіткістю та за допомогою адекватних лінгвістичних прийомів та компонентів, відображаючи в узагальненому вигляді сутнісні сторони й закономірні зв'язки правової реальності, її об'єктів, фактів, подій [121, с. 5, 10]. Водночас, під узагальненням, як правило, розуміють

переходи від знання про одиничне до знання про загальне, від менш загального до більш загального, характерними для яких є розширення об'єму думки, а іноді окремих її компонентів, а також від окремих фактів, подій та предметів і явищ до ототожнення їх в міркуваннях та, як результат, утворення про них загальних понять чи суджень. Такий процес є необхідною умовою формування відповідних гіпотез, теорій та концепцій [36, с. 6, 7].

Варто зазначити, що в дедуктивних умовиводах логічний висновок неодмінно виходить з передумов. Якщо вони істинні, то і висновок буде істинним за умови дотримання правил термінів, передумов та фігур. Тут йдеться про знання достовірне. При індукції ж логічний висновок впливає з передумов з певним ступенем імовірності, а висновок є більшою чи меншою мірою правдоподібним. Завдяки індукції на основі відомих фактів можна прийти до спільного висновку як у теоретичному, так і практичному плані. Правда, слід зважати на те, що абсолютно всі факти і обставини навряд чи будуть відомі, що в свою чергу не гарантує достовірність висновку. Водночас, дедукція дозволяє, ґрунтуючись на загальних підставах, розгорнути ланцюжок гіпотез, який в подальшому може бути підтверджений або спростований. Саме верифікація і фальсифікація є тими принципами, що лежать в основі розвитку як наукової теорії в цілому, так і юридичної практики зокрема [162, с. 763].

Як зазначає Боруленков Ю. П., складна структура характеру юридичного пізнання проявляється у різноманітних за змістом поняттєвих категоріях, розробка яких передбачає як диференційований, та і інтеграційний підходи ґрунтуючись на використанні комплексних даних філософії та права [23, с. 13].

Відтак, використання логічних прийомів сприяло і формулюванню понять: «судова діяльність», «судова правотворча діяльність», «судова практика як джерело права», а також поділу понять та виокремленню основних видів судової практики.

У літературі зазначається, що у сучасному пізнанні, особливо гуманітарному, поняття діяльності відіграє ключову, методологічну, центральну

роль, оскільки за його допомогою здійснюється універсальна характеристика людського світу [202, с. 266].

Як відомо, історія розвитку суспільства – це історія діяльності його суб'єктів. Відтак, до структури будь-якої діяльності входять суб'єкт, об'єкт, дія як спосіб встановлення взаємодії, зв'язку між її суб'єктами та/або щодо її об'єкту, результат та засоби здійснення.

Основною структурною одиницею діяльності, відносно завершеним актом людської діяльності, для якого характерно спрямування на досягнення мети, є дія.

Дії суб'єктів у правовій сфері можна визначити як правову діяльність, а ті з них, що передбачені нормативно-правовими приписами як діяльність юридичну. Юридична діяльність є різновидом соціальної діяльності, яку визначають як сукупність соціально-значимих дій суб'єктів у різних сферах суспільства.

Як відомо, будь-який різновид соціальної діяльності можна охарактеризувати за результатами діяльнісного аналізу – сукупності прийомів та засобів пізнання соціально-значимих дій суб'єктів суспільного життя. Відтак, у цьому дослідженні зазначений метод використовувався для пізнання дій суб'єктів права, дозволяючи, відтак, охарактеризувати юридичну діяльність.

У роботі аналізувався такий різновид юридичної діяльності як судова діяльність. Окрім цього, аналіз здійснювався в контексті судової практики як джерела права.

Соціологічний метод, який дозволяє провести дослідження не на рівні абстрактних категорій, а на підставі конкретних соціальних фактів, застосовувався для аналізу документів, зокрема актів законодавства та судової практики, в тому числі з метою визначити ефективність у судовій діяльності.

Серед спеціально-юридичних методів використовувалися герменевтико-правовий метод та метод загальної теорії права.

Як відомо, під юридичною герменевтикою розуміють систему знань про принципи та способи інтерпретації права з метою встановлення змісту норми права. Основними категоріями юридичної герменевтики називають: розуміння,



тлумачення, юридичний текст та контекст [101, с. 159].

Так, герменевтико-правовий метод пізнання дав змогу, завдяки тлумаченню чинних джерел права, з'ясувати зміст та значення норм права, які визначили сутність та природу судової практики.

Провідним для цього дослідження став метод загальної теорії права, тобто спосіб пізнання державно-правових явищ, що складається із сукупності прийомів, за допомогою яких виявляються загальні закономірності їх виникнення, функціонування та розвитку [89, с. 9].

Як відомо, до складу цього методу входять наступні прийоми: збирання та вивчення одиничних фактів, індукція та дедукція, формалізація, узагальнення та абстракція, сходження від конкретного до абстрактного, та навпаки – від абстрактного до конкретного.

Саме такий набір прийомів визначається предметом загальної теорії права і дозволяє виявляти загальні закономірності державно-правових явищ та виокремлювати серед них основні.

Важливе місце серед прийомів займає формалізація, тобто прийом пізнання, який дозволяє абстрагуватися від конкретного змісту явищ, що досліджуються та узагальнити знання про них на підставі подібності форм. Формалізація є способом узагальнення, абстракції форми від змісту.

Окрім прийомів пізнання важливе місце у загальній теорії методології займає поняттєвий апарат. У межах цього дослідження це такі поняття: правотворчість, правозастосування, правотлумачення, принцип права, норма права, індивідуальний припис, інтерпретаційний припис, правотворчі акти, акти застосування права, інтерпретаційно-правові акти. Ці поняття покладені в основу дослідження судової практики.

Таким чином, методологічну основу дисертаційної роботи склали філософські підходи, логічні, загальнонаукові та спеціально-юридичні методи, використання яких дозволило виконати поставлені завдання та досягти мети дослідження.

### **1.3 Історичні етапи розвитку судової практики як джерела права**

Становлення судової практики прямо пов'язане з еволюцією судової влади в Україні. Як відомо, формування та розвиток судової влади має декілька етапів розвитку, починаючи від Київської Русі і до сучасного періоду адаптації до європейських стандартів здійснення судочинства.

На кожному етапі історичного розвитку вітчизняної держави право постійно вдосконалювалося. Основним джерелом права в Україні завжди вважався нормативно-правовий акт. Але в період свого становлення певне коло суспільних відносин регулювалося також звичаями, які застосовувалися при розгляді судових справ громадою, а згодом князем і його намісниками.

З прийняттям християнства у 988 р. на теренах Київській Русі було запроваджено не лише церковне, але і світське законодавство. Це було одним із чинників впливу, як на формування законодавства, так і на розвиток джерел права загалом.

Головними суб'єктами правотворення в цей період була діяльність судових і адміністративних органів, значення яких посилювалося в міру зміни суспільного життя. Старі норми звичаєвого права не відрізнялися достатньою гнучкістю, щоб відповідати на нові питання і нові потреби, що виникали в житті.

Виникнення державних органів зумовило створення нового права. Воно мало дві форми – судову та адміністративну практику, у межах якої створювалися окремі рішення-прецеденти, які застосовувались до нових східних випадків, узагальнювались і набували значення нових норм права.

Основу права Київської Русі складала східнослов'янська правова традиція, що виникла і розвинулась з додержавного звичаєвого права. Відтак звичай був основним джерелом права у період Київської Русі. Для формування єдиної правової системи у Київській державі, через законодавчу діяльність князів встановлювалися відповідні правила поведінки. Правові звичаї стали основою для формування нормативно-правових актів.

Одним з найавторитетніших і найвідоміших прикладів таких актів був збірник права Київської Русі – «Руська правда». Крім цього, існували й інші джерела права: міжнародні договори (Русько-візантійські договори 907 р., 911 р., 944 р., і 971 р.); збірники візантійського права [11, с. 179–183].

Тривалий час князь не втручався у діяльність громади, але поступово влада князя проникла в замкнуті самоврядні общини. Відбулося об'єднання їх у волості, розвивалося міське життя, торгівля, встановлювалися відносини з іноземцями, відбувалися зміни в соціально-економічних умовах побуту, що призвело до виникнення нового права – право, що створювалося князем у формі судової практики (прецедентів) як необхідне доповнення до звичайного права.

У період дії звичаєвого права при виникненні питання про порушення його положень у спірних випадках, слід було знайти і сформулювати нові норми. Ці формули права у вигляді судових вироків набували форми і змісту прецедентів, що полегшувало знаходження і застосування права в майбутньому у подібних випадках. Княжі прецеденти, для зручності використовували та зберігали вносячи їх до статутів. Згодом такі записи набули форми статутних грамот як авторитетного документа з відповідною юридичною силою.

І. Я. Терлюк звертає увагу, що положення «Руської правди» активно використовували під час здійснення правосуддя, про що свідчить значна кількість її списків. Незважаючи на те, що «Руська правда» містила норми державного законодавства (князівського права), одночасно у ній містилися норми як матеріального, так і процесуального права. У матеріально-процесуальних нормах містилися відомості які діяння слід вважати злочинними та міра покарання, а також особливості і порядок розгляду судової справи. «Руська правда» була сформована для того, щоб на її норми орієнтувалися як поставлені князем нижчі судді, так і традиційні громадські суди. Зібрані у ній норми свідчать про те, що вони мали вирішувати справи на підставі чинного права, а сторони – обороняти свої права на суді. Кодекс був сформований за казуальною системою, тобто законодавець намагався передбачити усі можливі тогочасні

ситуації [177, с. 24–25].

На українських землях в XIV–XVI ст. існували общини, в яких існували одноступеневі суди. Так, серед тогочасних вірменських громад, найбільш чисельними були Львівська та Кам'янець-Подільська. Вірменські суди розглядали спори не тільки вірмен, до них зверталися з позовами представники інших національностей (поляки, німці, євреї, татари). Суд діяв за вірменським звичаєвим правом. Судова практика базувалася на вірменському Судебнику XII ст., складеному Мхітаром Гошем, але норми Судебника зазнали певної акультурації під впливом українського права [66, с. 135].

У системі права Великого князівства Литовського та Речі Посполитої, як зазначає Н. В. Єфремова, існував інститут прецедентного права. Дослідниця зазначає, що згідно з польськими правовими традиціями, доповнення і зміни чинного тогочасного законодавства поділяли на дві групи: екстраваганти (короткі королівські постанови) та преюдикати (королівські вироки з певних спірних питань), що мали характер прецеденту [50].

Суд у Великому князівстві Литовському не був відділений від адміністрації, тому головною фігурою державного суду традиційно вважався князь. Великий князь виступав як суд першої інстанції для певного кола осіб з певного кола спорів і як вища апеляційна інстанція для регіональних судів, а також для судів полюбовних, третейських і судів магдебургій.

При здійсненні судочинства князь повинен був дотримуватись правових звичаїв, а після запровадження писаного права – норм Статутів. Отже, в Литовсько-Руській державі, зокрема в українських її землях, панував принцип верховенства закону і традиції над державною владою [66, с. 45]. Крім цього, при порушенні правових норм або традицій з боку сторін в судовому процесі, справа підлягала вирішенню великим князем згідно закону [66, с. 46].

8 червня 1558 року князь Сигізмунд II Август надіслав листа до всіх магнатів, шляхти та інших осіб з вказівками щодо здійснення розгляду судових справ. У листі зазначалося, що звільнялись від місцевої підсудності чиновники,

яких митники уповноважували збирати королівське мито. Таким чином, бачимо, що згідно вказівки князя митники, корчмарі та інші відкупники набули спеціального статусу та отримали право виключної підсудності [66, с. 46–47].

Надання судового імунітету від розгляду справ місцевими судами не лише аристократам-магнатам, а й відкупникам великокнязівських статей прибутку, які звичайно були простолюдинами, а іноді навіть іногородцями, свідчить про певний прагматизм державної влади у підході до цього питання. Однак, обсяг такого імунітету відрізнявся для магнатсько-шляхетської верхівки і для відкупників. На відміну від магнатів, які отримували право «не судитись у поветех» дожиттєво, відкупники користувалися цією пільгою лише на час перебування на посаді. Варто звернути увагу, що справи за участю відкупників великокнязівських статей прибутку були підсудні центральному суду лише у цивільних справах; у деяких категоріях кримінальних справ, а саме при затриманні їх на «гарячому вчинку», цю категорію справ розглядали місцеві суди. Очевидно, це пояснюється тим, що місцеві суди могли здійснювати правосуддя на місці негайно; при передачі ж справи до центрального суду майже неминучим було б зволікання, оскільки витрачався час на подорож до місця перебування чи резиденції князя. Це показує, що у даний період з боку представників влади було усвідомлення суспільної небезпеки важких кримінальних злочинів та намагання забезпечити оперативне здійснення правосуддя у цих категоріях справ [66, с. 47].

Для магнатів та шляхти діяли інші правила. У листі великого князя Олександра від 30 травня 1496 року до намісника князя Мартину зазначалося, що суди не вправі виконувати вирок, винесений у справах з особливо тяжких кримінальних злочинів шляхті, без його затвердження великим князем. Таке ставлення влади до магнатів і шляхти Волині та Київщини можна пояснити тим, що протягом тривалого часу (до початку XVI ст.) українські землі Великого князівства Литовського зберігали свою правову самобутність [66, с. 48].

У Великому князівстві Литовському функціонували також асесорські та комісарські суди. Ці суди були формами господарського (князівського) суду. До

їх юрисдикції належало вирішення кримінальних і цивільних справ. У переважній більшості випадків асесорські суди до 1566 р. самостійно розглядали і вирішували судові справи. Якщо ж під час розгляду справи виникали труднощі або судді асесорського суду не мали єдиної думки щодо рішення у справі, вони зверталися до князя (господаря) за «наукою» та відповідно до його вказівок виносили рішення. Н. В. Єфремова вважає, що фразу «звернення до господаря за наукою» можна розглядати по-різному. На її думку, з одного боку, найбільш вірогідно, що у більшості випадків це здійснювалося для з'ясування особистої думки князя як особи, яка була наділена вищою судовою владою у державі. З іншого боку, судді досить часто не знаходили у статтях судебників та/або статутів норм, на основі яких можна було б вирішити певну нестандартну справу [50].

Прогалини у тогочасному законодавстві та протиріччя у нормах різних джерел права призводили до існування правових колізій. Така ситуація зумовлювала необхідність у майбутньому вносити зміни та доповнення до статутів, ґрунтуючись на положеннях сформованих судовою практикою. Такі зміни неодноразово були внесені до трьох статутів Великого князівства Литовського. Внесення поправок до статутів здійснювалося на підставі судової практики екстравагантів або преюдикатів. Щодо останніх, то саме вони найчастіше впливали зі судових прецедентів, які затверджувалися королівськими указами як імперативний приклад для подальшого здійснення судочинства у подібних справах.

Це мало позитивний ефект під час здійснення судочинства, зважаючи на те, що ще у середині XVI ст. для системи покарань на українських землях було характерна у певній мірі невизначеність. У нормах тогочасного права було визначено вид покарання, однак не його розмір. Це надавало право суддям на власний розсуд встановлювати розмір покарання. Саме тому видання князем преюдикатів давало можливість обмежити свавілля суддів та змінювати і доповнювати положення нормативно-правових актів [22, с. 39].

Певні особливості судової організації були у Галичині. На цій території з

1434 р. не лише було введено польську адміністрацію і поділ на воєводства, а й з 1435 р. станові шляхетські суди – земські, гродські та підкоморські [22, с. 235–236]. Хоча правова система Галичини, як частини Польського королівства, орієнтувалася здебільшого на правовий звичай і нормативно-правовий акт у правових відносинах часто регулятором виступав і судовий прецедент. Судова практика як джерело польського права періоду Середньовіччя виявлялась у тому, що рішення вищих королівських судів і місцевих з'їздів шляхти створювали обов'язковий судовий прецедент для вирішення аналогічних справ. Уже від XVI ст. у практичній діяльності вищих королівських судів траплялися випадки, коли ці суди виносили вирок у конкретній справі на основі прийнятих раніше судових рішень, причому спеціально зумовлювалося, що у подальшому справи повинні вирішуватися аналогічно. Згодом судовий прецедент, як джерело права, отримав ще більший розвиток. Це спричинило видання спеціальних збірників судових рішень котрим була надана обов'язкова юридична чинність для розгляду відповідних кримінальних і цивільних справ [22, с. 385–386].

Особливість здійснення правосуддя в другій половині XVII ст. полягала у тому, що суди всіх інстанцій мали свободу широкого вибору порядку ведення процесу. Судова практика другої половини XVII ст. знала часті відступи суддів від писаних процесуальних норм, що свідчить про великий вплив на судочинство звичаєвого права. Про широку компетенцію судів свідчить і той факт, що смертний вирок міг винести сотенний суд. Так само вирок полкового суду не вимагав затвердження вищим судом [59, с. 256].

Серед джерел права середини XVII–XVIII ст. досить помітне місце належало звичаям. Вони виникали та оформлялися у процесі еволюції господарсько-побутових відносин людей і ґрунтувалися на загальноприйнятих «давніх» нормах поведінки, що були сформовані при різноманітних обставинах. Важливе місце належало неписаним «правам і звичаям» Козацтва, яке офіційно не було санкціонованим, проте відповідно до них регулювалося фактично усе «внутрішнє життя» козаків. Сукупність таких правил, були обов'язковими до

виконання на рівні зі законом, а у випадку їх порушення – до покарання, схожого за рішення уповноважених органів, і являло собою звичаєве право. Тогочасне звичаєве право функціонувало у взаємозв'язку з чинним законодавством в Україні, якщо останнє не охоплювало певну сферу суспільних відносин [39, с. 129].

Уся тогочасна військово-адміністративна система Запорізької Січі, а також суди використовували у своїй практиці норми звичаєвого права. У правозастосовній практиці їх використовували, починаючи від курінних отаманів до суддів центральних військових судів [39, с. 130].

Козацькі суди поділялися на провінційні та центральні. Центральні суди Гетьманщини склалися з Генерального військового суду, генеральної військової канцелярії та Гетьманського Суду. Гетьман вважався найвищим суддею, йому підпорядковувалися усі суди тогочасної України, він мав вплив, передусім на центральні суди. Гетьман мав право розглянути кожну справу або переглянути рішення нижчестоящих судів. Окрім цього, Гетьман міг делегувати своїх представників до нижчестоящих судів з обов'язковими «дорученнями і поученнями», а також затверджувати їх вироки [119, с. 31]. Згодом роль і значення Гетьманського Суду російською владою було зменшено.

Важливо, що у період Гетьманщини Гетьман був наділений правом видання так званих Гетьманських універсалів, норми яких разом з практикою судів доповнювали і змінювали тогочасні процесуальні норми й інститути [119, с. 80].

Протягом усього періоду пізнього феодалізму, ні функціонування законодавства на українських землях, ні безпосередня діяльність судів не спроможні були припинити чинність звичаєвого права, хоча в окремих випадках воно прямо суперечило як основним напрямам гетьманської влади, так і царського уряду. Закономірність цього явища полягала у тому, що звичаєві норми проникали у сфери регулювання суспільних відносин адміністративного, цивільного та кримінального права і процесу судочинства [39, с. 132].

На Запоріжжі кошовий суд як вища судова інстанція у межах регіону – при



розгляді майже усіх питань у своїх оцінках керувався нормами звичаєвого права і «здорового глузду». Винесені судом вирoki фактично не оскаржувалися і ніхто їх змінити чи скасувати не міг. Характерною особливістю судочинства на Січі було те, що судові рішення, особливо у формі найбільш суворих покарань, наприклад, «страсти за горло», виконувалися доволі швидко. Обумовлювалося це головним чином невідкладними вимогами військового становища, необхідністю терміново виступати у похід, а то й просто «гарячністю та наполегливістю «козацького духу» [39, с. 133].

У матеріалах судової практики доби пізнього феодалізму можна зустріти згадки тільки про деякі норми звичаєвого права. Зокрема, згідно звичаю передбачався розшук потерпілих осіб «по свіжих слідах» після вчинення злочину. Одночасно потерпілий повинен був повідомити про злочин («кликати гвалт») своїх сусідів чи найближчих родичів, органи місцевої влади, надавати речові докази [39, с. 135].

У період Визвольної війни середини XVII ст. формально не було скасовано попередніх нормативно-правових актів: Литовський статут 1588 р., «Саксонське зерцало», корчмові (церковні) книги тощо. Царський уряд з 1654 р. підтверджуючи чинність давніх законів, що діяли в межах українських земель, об'єднаних з російськими, протягом тривалого часу не звертав уваги на те, що суди при розгляді справ керувалися різними нормами права [39, с. 143].

Поліджерельність права неодноразово допомагала більш впливовій або ж спритній особі у власних інтересах «повертати хід» судової справи. Існувало довільне тлумачення правових норм. Інколи суд застосовував до злочинця німецьке право, згідно положень якого до злочинця застосовувалося суворе покарання, згодом застосовував норми Литовського Статуту чи звичаєвого права, що призводило до винесення більш м'якого вироку [30, с. 144].

Отже, на Лівобережжі, Правобережжі та Слобожанщині, а згодом з другої половини XVIII ст. – це спостерігалось і в південних регіонах України, існувала поліджерельність права.

У 1720 р. набула поширення «Інструкція» гетьмана Данила Апостола судам, сформована на основі Литовських Статутів і магдебурзького права. Варто наголосити, що посилення на російське законодавство в ній було взагалі відсутнє, а Литовський Статут було визначено головним нормативно-правовим актом при розгляді цивільних і кримінальних справ [30, с. 148]. Хоча на території українських земель у судовій практиці використовувалася значна кількість джерел права, однак пріоритет надавався нормам Литовського Статуту.

У судочинстві на території України у другій половині XVII–XVIII ст. застосовувалися також норми магдебурзького права. У тогочасній судовій практиці використовували не оригінали німецьких збірок права, а переважно їх переклади на польську мову чи латинь. Це призводило до того, що у судовій практиці траплялися випадки, коли українські судді або ж члени кодифікаційних комісій не завжди могли визначити суть змісту деяких положень нормативно-правових актів [39, с. 153].

Об'єднання України з Росією зумовило поширення на українських землях російських правових норм з 1654 року. У правозастосовній діяльності використовувалися царські грамоти, «іменні» укази, постанови Сенату та інших вищих органів центральної влади.

В Угорщині і на Закарпатті діяли норми звичаєвого права, неабияке значення мала й судова практика, зокрема, верховних судів. На неї посилалися нижчестоящі суди. У 1723 р. були навіть зібрані та видані рішення верховних судів [59, с. 379].

В Україні з 1780 р. до 1852 р. функціонували совісні суди, що розглядали в основному майнові та сімейні спори, а також справи про чаклунство, бродяжництво, марновірство та ін. При розгляді кримінальних справ совісні суди, зважаючи на їх особливу юрисдикцію, керувалися не лише формальним підходом до розгляду і вирішення справ, а й «правилами»: почуттям гуманності, із осудом ставитися до гноблення людини як такої, намагалися обережно і милостиво завершувати справу, відповідаючи за свої рішення перед Богом та

імператорською величністю [197, с. 40]. При відсутності законодавчої бази суддя мав можливість винести рішення на основі власного розуміння законів та їх приписів, а також моралі, яка для совісного судді окреслювалась поняттями совісті [197, с. 41]. Совісні суди у своїй діяльності на перших порах керувалися нормами Литовського статуту й магдебурзького права, із часом були повністю витісненні російськими зводами законів [197, с. 41].

К. Миса досліджувала особливості здійснення судочинства у справах про чари в українських воєводствах речі Посполитої XVII–XVIII ст.. Дослідниця звертає увагу, що українські суди при розгляді справ про чаклунство, а саме – міські, зазвичай покликалися на коментарі й пояснення німецьких законів, таких як Саксонське зеркало та Каролінський кодекс. Але головним і найпопулярнішим джерелом права для магістратських судів упродовж трьох століть (від другої половини XVI й аж до XVIII століття) залишалися прості й зручні у користуванні коментарі Бартоломея Гроїцького. Однак практика показувала, що законні приписи й коментарі до законів у судах використовували (коли на них посилалися) як указівки, відкриті часом для дуже вільних інтерпретацій [48, с. 34].

20 листопада 1864 р. судовими статутами в Російській імперії було впроваджено в дію Судову реформу. У її результаті були створені місцеві і загальні суди. До місцевих судів відносилися: волосні суди, мирові судді і з'їзди мирових суддів; до загальних судів – окружні суди, судові палати, касаційні департаменти Сенату. Суддями призначалися громадяни не лише за майновим цензом, а й при наявності юридичної освіти.

В основу реформи був покладений принцип поділу влади, судові функції були відокремлені від адміністративних функцій, тим самим була створена нова модель судоустрою.

Судова влада зосереджувалася в судах і Сенаті. Сенат виступав найвищим судовим і наглядовим органом, до його компетенції входило тлумачення законів і вирішення юридичних колізій. Роз'яснення Сенату мали обов'язковий характер

для юридичної практики. Окремі Постанови Сенату, затверджені імператором, набували статусу законів.

Головним джерелом права стає закон. Тлумачення закону здійснювали: законодавець, Сенат, суд, вчені-правознавці. Варто зауважити, що рішення Сенату і суду щодо тлумачення тих чи інших положень закону визнавалися прецедентами тлумачення, а сукупність прецедентних рішень становила судову практику, яка набула обов'язкового характеру для застосування судовими інстанціями.

Судова реформа 1864 р. не тільки створила нову структуру судової системи, але і дала можливість для творчої діяльності суддів. Відомий судовий діяч А. Ф. Коні вважав, що «для розуміння і тлумачення закону необхідна самодіяльність судді і вдумлива робота» [68, с. 44–45]. Судові статuti в ст. 9 і 10 Статуту цивільного судочинства і в ст. 12 і 13 Статуту кримінального судочинства вимагають, що вирішення справи ні в якому разі не слід зупиняти під приводом неповноти, неясності і протиріччя законів, встановлюючи судам обґрунтовувати свої рішення на загальному змісті останніх.

Одним із прикладів судової правотворчості Сенату може служити касаційне рішення від 1867 р. № 492. Сенат висловив таке положення: «На підставі 801 ст. Статуту кримінального судочинства голова має невід'ємне право пояснювати присяжним засідателям юридичні підстави до судження про силу показань експертів як доказів, службовців на користь або проти підсудного. Для оцінки цих думок по суті йому не може бути заборонено вказувати і на такі обставини, які підкріплюють і спростовують висновок експерта».

Це рішення Сенату суперечило змісту ст. 801 Статуту кримінального судочинства. Як наслідком такого погляду на заключну промову голови з'явився як би непрямий дозвіл голові висловлювати свій погляд на наявні у справі докази. У своєму висновку у справі Саратовсько-Самбірського банку обер-прокурор А. Ф. Коні підтримав наведений погляд правового Сенату [30, с. 132–133, 450].

На підтвердження цього варто навести позицію Е. Н. Трубецького, який з

упевненістю висловився про судову практику як джерело права в Росії. Зокрема, він зазначив: «У нас в Росії судова практика має значення самостійного джерела права, але це значення було офіційно визнано за нею лише з часу видання Судових Статутів Імператора Олександра II» [182, с. 133].

Зрозуміло, таке визнання не могло не супроводжуватися, як і визнання будь-якого нового явища, певними застереженнями. У цьому аспекті важливе зауваження висловив М. М. Коркунов про те, що «визнаючи судову практику самостійним джерелом права, ми мусимо обмовитися, що це не слід розуміти так, щоб раз прийняте судом рішення щодо певного спірного питання безумовно пов'язувало суд на майбутній час. Якщо кожен закон може бути замінений новим, то, звичайно, і судова практика не може бути приречена на застій.

Але, з іншого боку, статика судової практики обумовлює визначеність юридичних відносин, що має важливе значення. Одна з головних умов правосуддя – це те, щоб закони застосовувалися до всіх однаково, а це неможливо без одноманітної, стійкої судової практики. Суд тому завжди схильний підтримувати те саме, що вже прийнято попередньою практикою. Потрібні дуже серйозні і вагомні підстави, щоб схилити суд до зміни усталеної ним практики. Тому більш ймовірно те, що прийняте судом рішення буде підтримуватися ним і в подальших рішеннях» [72, с. 361].

Судова практика протягом всього розвитку законодавства в Україні виступає своєрідним орієнтиром однакового застосування законів, а у випадках їх неточності або неповноти доповнювала закони, надаючи їм життєздатності. І. О. Покровський справедливо зазначив, що «закон не діє механічно; для свого здійснення в житті він потребує живого посередника, який застосує його до конкретних випадків. Таким посередником був суд» [129, с. 90], тому створена судом в результаті розгляду правових спорів судова практика були прикладом для застосування правових норм.

Підводячи підсумок вищесказаного про судову практику розглянутого періоду, слід зазначити як позитивні, так і негативні думки, які висловлювалися

правознавцями про судову практику. Сукупність же позитивних думок, а їх більше, дозволяє нам зробити висновок про те, що розвиток судової практики проходив у взаємозв'язку з нормативними актами, які розвивались, доповнювалися, а в деяких випадках змінювалися судовою практикою.

Найбільш значуща, усталена судова практика була орієнтиром для застосування у спірних випадках; використовувалася законодавцем при створенні правових норм в нормативних актах; створені судовою практикою правові положення прецедентного характеру застосовувалися судовими органами при вирішенні справ. При цьому судова практика виступала регулятором суспільних відносин, вирішувала спірні казуси між сторонами, виробляла правові положення для законодавчих органів, що сприяло формуванню та розвитку правової державності на території України.

Історик держави і права України І. Я. Терлюк наголошує, що складні державотворчі процеси, що прокотилися в роки національно-демократичної революції 1917–1921 рр. по всій українській етнічній території, особливо землях колишньої російської імперії, спричинили виникнення двох форм державності – національної та радянської. Формування радянської державності в Україні базувалося на класово-космополітичних поглядах на організацію суспільства та формування нової системи права. Натомість, українські національні державні формації – Українська Народна Республіка (УНР) доби Української Центральної Ради, «Українська держава» (Гетьманат) гетьмана Павла Скоропадського, Українська Народна Республіка (УНР) доби Директорії («Друга УНР») – у процесі державо- і правотворення виходили зі засади захисту національних інтересів передовсім українців, тобто намагалися зберегти національні особливості в організації державної влади й відповідно сформувати національну правову систему [178, с. 38].

У проекті «Тимчасового судоустрою УНР» значну увагу було приділено питанням судової практики судів УНР. Передбачалося створення триланкової системи судів: народні суди; округові суди та Найвищий Суд. До компетенції

Найвищого Суду УНР було віднесено: «товмачити на підставі внесків Міністра Юстиції закони УНР у випадках, виникаючих в практиці, так в судових, як і адміністративних органів, сумнівів і різноманітності в розв'язанні ними одного і того ж питання» (Арт. 5). У «Мотивах до проекту тимчасового судоустрою УНР» зазначено, що основна мета діяльності касаційно-ревізійної інстанції – «встановлення одноманітної судової практики, вона мусить бути єдиною» [150].

До компетенції пленуму Округового Суду також було включено: «розглядати окремі питання, що їх вносить Голова Округового Суду, його Заступник або Прокурор Округового Суду, зв'язані з неясністю або неповнотою чинних законів, але ж щоразу виключно в зв'язку з будь якою конкретною справою чи постановою» (Арт. 67).

Пленум Найвищого Суду УНР був наділений повноваженням «провідно тлумачити закони в питаннях судової практики інши судових установ, що їх порушують Генеральний Прокурор республіки своїми пропозиціями, а також Президія Найвищого Суду або Голова його та Президія цих установ своїми постановами» (Арт. 89).

Процес формування в Україні основ радянського права, як і радянської правової системи, цілком безпосередньо пов'язувався з поширенням на її території так званої радянської влади (державності) і будівництво радянського (більшовицького) апарату [178, с. 53].

Становлення нового суду потребувало і нових підходів у судовій діяльності, а саме: в той період при відсутності норм права судам рекомендувалося керуватися правосвідомістю, виходячи з інтересів революційного часу.

При відсутності писаних норм права в судах діяли норми звичаєвого права. Революційна правотворчість в цей період здійснюється судовими органами, вищими органами влади, керівними органами політичних партій і місцевими Радами.

У грудні 1919 р. Наркомюст приймає Керівні основи з кримінального права РРФСР, які стали першою спробою узагальнити практику судів. При цьому

передбачалося, що суди повинні керуватися «соціалістичною правосвідомістю» і принципом доцільності, вирішуючи справи на основі норм загальної частини кодексу.

Так, наприклад, при призначенні покарання суд повинен був враховувати ступінь і характер соціальної небезпеки злочинця, його соціальну приналежність і доцільність застосування покарання.

Практика судової нормотворчості отримала в Керівних основах підтримку у вигляді принципу аналогії. У випадку відсутності в законі необхідної норми, що дозволяла б вирішити конкретний казус, до нього могли застосувати аналогічну норму і вирішити за аналогією з іншим казусом, урегульованим цією нормою. Подібна свобода тлумачення в кримінальному праві вела до свавілля і репресій.

У листопаді 1918 р. було затверджено Положення про народний суд РРФСР [130] і тим самим створена нова система народного суду, що складалася з народного судді і народних засідателів. На перший план вийшли нові принципи судового права – це колегіальність розгляду справи і прийняття судового рішення, розширення судової правотворчості, зменшення ролі судового професіоналізму.

У декретах про суд, прийнятих в 1917–1918 рр., використовувалося поняття революційної правосвідомості. У статті 5 Декрету про суд № 1 (1917 р.) [110] зазначено про «революційну совість» і «революційну правосвідомість». У статті 36 Декрету про суд № 2 (1918 р.) [45] згадується вже «соціалістичну правосвідомість», а в ст. 22 Декрету про суд № 3 (1918 р.) [46] – «соціалістичну совість».

Законодавчі норми не могли охопити всього різноманіття дійсності, в кожен окремий момент часу точно відобразити «досвід господарського будівництва».

У цьому випадку революційна правосвідомість набувала нового значення – методу, що усував прогалини в законі, створюючи тим самим нову «революційно-пролетарську» судову практику.

З утворенням СРСР у 1922 р. формується єдина для всіх республік судова система на чолі з Верховним Судом СРСР. У січні 1923 р. утворений Верховний



Суд РРФСР. Складається соціалістична система права, зникає такий правовий критерій, як «революційна правосвідомість», його замінили доцільність і нормативізм. У подальшому це призведе до культу особи і репресій. Певна роль в цей період відводиться судовим органам, які перебували під «наглядом» партійних ідеологів. Створювана в цей період судова практика в більшості випадків була відображенням політичного курсу держави.

Відповідно до загальної правової доктрини, в 1926 р. було затверджено «Положення про судоустрій РРФСР» [109], в якому конкретизувалися завдання судів. Основною в діяльності судів стала функція «огородження завоювань революційної пролетарської робітничо-селянської влади та правопорядку, нею встановленого» і лише потім функція здійснення революційної законності, особистих і майнових відносин громадян.

У процесі зміцнення абсолютної влади партії та створення соціалістичного права роль суду зводиться до застосування права при розгляді справ і узагальнення судової практики.

Вищою судовою інстанцією в СРСР виступав Верховний Суд СРСР. Згідно ст. 102 Конституції СРСР (1936 р.) правосуддя в СРСР здійснюється Верховним Судом СРСР, Верховними судами союзних республік, крайовими та обласними судами, судами автономних республік і автономних областей, окружними судами, спеціальними судами СРСР, народними судами.

На Верховний Суд СРСР був покладений нагляд за судовою діяльністю всіх судових органів СРСР і союзних республік. Для розгляду протестів у порядку нагляду Голови Верховного Суду або прокурора СРСР на рішення судів скликався Пленум. У період своєї діяльності Пленум Верховного Суду СРСР давав керівні роз'яснення судової практики.

Але навіть у цей складний час вченими висловлюється позиція, що підтверджує та визначає судову практику як джерело соціалістичного права. Судова практика, створювана Верховним Судом СРСР, забезпечувала однакове розуміння судами радянських законів і зберігала єдність судової практики.

Пленум Верховного Суду СРСР в постановах роз'яснював, як слід правильно розуміти і застосовувати на практиці закони. Дані постанови мали обов'язковий характер як для судів, так і для правоохоронних органів.

Діяльність Пленуму Верховного Суду СРСР щодо надання нижчестоящим судам керівних вказівок з питань судової практики на підставі рішень, прийнятих за розглянутими Верховним судом СРСР судових справах, знайшла своє закріплення в ст. 75 Закону про судоустрій СРСР від 16 серпня 1938 р. [111]. Законодавець прямо не закріпив у нормі принцип обов'язковості рішень Пленуму, але в практичній діяльності судді повинні були ними керуватися при розгляді справ.

Тільки судова практика Верховного Суду СРСР мала обов'язкову силу для нижчестоящих судових органів у формі постанов Пленуму, в яких формулювалося судове тлумачення законів, що в свою чергу дозволяло судам їх застосовувати при вирішенні правових спорів, а також вироблялися правові позиції, що дозволяли судам при розгляді справ керуватися даними нормативними положеннями, долаючи тим самим неясності, неточності нормативних актів, а в деяких випадках з їх допомогою – і прогалини закону. Така судова практика, на нашу думку, не тільки має нормотворчий, прогресивний характер для правозастосовчого процесу, але і є формою судового нормотворення. Саме в такому розумінні судова практика визнається джерелом права.

У період німецької окупації, гітлерівці для придушення спротиву місцевого населення створили власну судову систему. Діяльність судів ґрунтувалася на німецькому законодавстві, пристосованому до окупованих територій та інструкцій, що надходили до них. Судові органи здійснювали правосуддя виключно в інтересах окупаційної влади [114, с. 67].

Конституція СРСР від 7 листопада 1977 р. зберегла структуру судової системи і закріпила принцип здійснення правосуддя в СРСР тільки судом (ст. 151) [69].

У листопаді 1979 р. прийнято Закон СРСР про Верховний Суд СРСР. Одним із повноважень Пленуму Верховного Суду стає розгляд матеріалів узагальнення судової практики і дача керівних роз'яснень судам з питань застосування законодавства (ст. 18). Новий закон розширив повноваження Пленуму і фактично зробив його постанови обов'язковими для судів усіх рівнів.

Невизнання соціалістичним правом судової практики джерелом права пояснювалося марксистською теорією, необхідністю побудови комуністичного суспільства, де не буде ні держави, ні права. У цей період визнавалась і домінувала лише одна форма права – нормативно-правовий акт, закон, а судова практика – як зазначав С. М. Братусь лише як «компонента результату судової діяльності» [170, с. 10].

Хоча, як зазначалося вище, у правозастосовчій практиці неможливо було обійтися без виробленої судової практики у застосуванні закону до спірних випадків.

Таким чином, можна зробити висновок про те, що судова практика формувала однакове застосування нормативних актів (законів), давала тлумачення, роз'яснення законів для правозастосовувача, виробляла правові положення, обов'язкові для застосування нижчестоящими судовими інстанціями, а результати судової практики використовувалися в законодавстві.

З розпадом СРСР і створенням незалежних держав починається новий етап розвитку правових відносин, регулятором яких стає не тільки нормативний акт, але і судова практика вищих судових інстанцій у вигляді правових позицій, сформульованих вищими судовими органами при розгляді справ у певному виді судочинства і викладених у судових актах. Це сприяло формуванню нової практики застосування судовими органами правових позицій у поєднанні з нормативними актами у судовій діяльності.

## **1.4 Концептуальні підходи до визначення поняття судової практики як джерела права**

Дане дослідження спрямоване на аналіз такого явища як судова практика. Однак розглядається воно під певним кутом – як джерело права. Безумовно, це не найнесподіваніший аспект, в якому зазвичай розглядається судова практика. Часто саме в такому контексті науковці її аналізують в юридичній літературі. Висновки при цьому бувають інколи діаметрально протилежними.

Для досягнення мети цього дослідження немає необхідності глибоко занурюватися в теорію джерел і форм права. Тим не менше, певний огляд поширених наукових позицій необхідний.

У цьому зв'язку для вирішення поставлених завдань необхідно визначити, що слід розуміти під джерелом права. Справа в тому, що в сучасній юриспруденції поняття джерела права не має однозначного розуміння. Тому судову практику можна розглядати з абсолютно різних позицій. Перш за все, необхідно встановити, що ж слід розуміти під судовою практикою як джерелом права.

До теперішнього часу серед науковців-правознавців немає єдиного підходу в питанні визначення, що таке джерело права.

Причиною неоднозначності терміну «джерело права» є багатозначність слова «джерело». Загальнопоширена думка, що джерело права – це сила, яка створює право. Такою силою, насамперед, називають державну владу [88]. І не потрібно пов'язувати подібне трактування проблеми виключно з марксистською і тим більше радянською методологією права, оскільки ще дореволюційний правник Д. І. Мейер писав про те, що «... закон ... не тому є джерелом права, що він є відтворення юридичного світогляду народу», а тому що «сила і значення закону – в його походженні від суспільної влади» [99]. Питання про джерела і форми права є одним з центральних в юридичній науці і неминуче залежить від типу праворозуміння. Залежно від того, яка парадигма є основною при визначенні

сутності права, різним є підхід до визначення його джерел. Іншими словами, джерела права для представників природного права і позитивного права мають різне тлумачення.

У найбільш вузькому розумінні джерело права – це те, чим керується практика у вирішенні юридичних справ. У цьому значенні прийнято говорити про джерело права як зовнішню форму існування норм права у вигляді письмового документа, виданого в межах повноважень суб'єктів правотворчості, згідно зі спеціальною процедурою, має юридичну силу та обов'язковість до виконання, відображає волю суб'єктів правотворчості та спрямоване на регулювання суспільних відносин [123, с. 333]. У широкому значенні О. Г. Христова виділяє наступні аспекти джерел права: ідеалістичний – це ідейні витoki (основні права людини, природні інстинкти, правосвідомість та ін.); матеріальний – це соціальні чинники, що формують право (матеріальні умови суспільства, суспільна практика); формально-юридичний – це зовнішні форми вираження та існування джерел права, тобто форми права [176, с. 107–108].

Необхідно звернути увагу на те, що на сучасному етапі в правовій науці деякі науковці ототожнюють поняття джерела права і форми права при розгляді їх у формально-юридичному розумінні. При цьому їх розмежування здійснюється лише при необхідності розглянути матеріальні та інші чинники, які спричиняють формування і функціонування права [107].

Якщо ж звернутися до співвідношення понять «джерело права» і «форма права», то їх значення, безумовно, не ідентичне. Про це зазначає Н. М. Пархоменко, вказуючи, що категорія «форма права» не може ототожнюватися з категорією «джерело права», оскільки перше традиційне позначення зовнішнього вираження норми права, а друге – для характеристики виявів права. Якщо поняттям «форма» позначаються «обриси, контури, зовнішні межі предмета, що визначають його зовнішній вигляд» [27, с. 1543], то під «джерелом» в буквальному сенсі розуміється «те, що дає початок чому-небудь, звідки постає, черпається щось; основа чого-небудь; вихідне начало; те, від кого

або звідки довідуються про що-небудь» [27, с. 291].

Під терміном «джерело права» прийнято позначати одночасно змістовні і формальні джерела права. Такий розподіл є загальноновизнаним в юридичній науці і цілком прийнятним для оцінки та аналізу судової практики. Відповідно судову практику можна розглядати у двох аспектах: у змістовному і формальному. Більше того, судова практика – одна з найбільш складних категорій в цьому сенсі, оскільки її змістовний елемент значно багатший, ніж формальний.

Зі змістовної сторони поняття джерела права включає в себе цілий спектр явищ. «Це і найрізноманітніші принципи: моральні, релігійні, філософські, політичні, соціальні, ідеологічні – ті, які керують позитивними правилами, є їх ідеологічною основою, і ті, які сходять до філософії права. Це в рівній мірі і факти соціальної дійсності, і вимоги ситуації, що складаються в часі, просторі, у сфері технічних засобів права, що визначають його орієнтацію і зміст. Одним словом, це насамперед «творчі сили права», складові його змістовні (сутнісні) джерела, і називаються вони так тому, що забезпечують норми матеріальною основою» [12, с. 97].

У теорії права визначено три основні способи формування правової норми: переростання мононорм (первісних звичаїв) в норми звичаєвого права і санкціонування їх державою; правотворчість держави, яка виражається у виданні спеціальних документів, що містять юридичні норми – нормативних актів; прецедентне право, що складається з конкретних рішень (прийнятих судовими та адміністративними органами і одержують характер зразків, прикладів для вирішення інших аналогічних справ).

Виходячи з цих напрямків становлення норми права, визначаються основні форми права (джерела права): звичай, судовий прецедент і нормативно-правовий акт. Дані джерела права існують у всіх правових сім'ях, але в кожній родині переважне значення має та чи інша форма права.

Питання про те, чи є судова практика джерелом права, неодноразово ставилося та обговорювалося як на загально-теоретичному рівні так і на рівні

окремих галузевих дисциплін. Щодо окремих галузей права і відповідних їм галузей юридичної науки визнання судової практики як джерела права створюватиме сприятливі умови і передумови для їх подальшого розвитку й удосконалення.

Судова практика – це єдність судової діяльності у здійсненні правосуддя і результату цієї діяльності, об'єктивованої у формі судових рішень, що набрали законної сили. В широкому розумінні до судової практики також слід віднести діяльність суду, яка опосередковано пов'язана з відправленням правосуддя у конкретних справах, виражається в аналізі й узагальненні практики застосування законів судами та має на меті сформувати її однаковість, надати судам допомогу в розумінні й правильному застосуванні закону. В. Ю. Соловйов не розмежовує понять «судова практика» та «судовий прецедент», а вживає їх як синоніми. Це зумовило сформування в дослідника твердження, що «в Росії судовий прецедент не може бути визнаний джерелом права» [163, с. 5, 18].

Однозначна відмова від розуміння судової практики як джерела права має негативні аспекти. Вони проявляються у тому, що суди «звільнені» від обов'язку дотримуватися якої-небудь позиції, виробленої з певних питань, до того часу, допоки вищими судовим інстанціями не будуть сформовані роз'яснення або повідомлення [165, с. 53].

Між нормами законодавства, встановленого законодавцем або уповноваженими державними органами і судовими актами є наступні відмінності: по-перше, діяльність законодавця полягає виключно у встановленні норм обов'язкових для суддів. Суди лише дотримуються і виконують їх, і не можуть відмінити або не використовувати їх. Однак відсутність законодавчих норм, їх прогальність та колізійність дають судді не тільки право, але й зобов'язують його прийняти рішення з власною оцінкою правової ситуації. По-друге, судові рішення позбавлені авторитету законодавчих норм в розумінні відсутності в Україні правил уніфікації вирішення спорів для судів першої, касаційної та наглядової інстанцій. Не зважаючи на це, розуміння сутності правовідносин, що

сформувалися у результаті розгляду судами спорів вищими судовими інстанціями, вже свідчить про те, що судова практика утвердилася як джерело права. Заперечення цього негативно відбивається на розвитку права і форм його застосування [165, с. 54]. І. В. Спасибо-Фатеева стверджує, що застосовуючи норму законодавства при вирішенні конкретного спору, суд створює норму права. У свою чергу, це сприяє уніфікації підходів до вирішення судами спорів, надає значимості рішенням судів як інститутів, здатних приймати рішення керуючись принципами права і тим самим виносити справедливі рішення. Такі дії суддів свідчать про те, що вони своїми рішеннями створюють правові норми [165, с. 54].

На сучасному етапі українськими вченими за органами судової влади визнається не тільки правозастосовна, а й правотворча функція у сфері конституційно-правового регулювання. В сучасну епоху, коли концепція поліджерельності права знаходить дедалі більше прибічників, навіть спеціалісти в галузі кримінального права відходять від принципу монізму, визнаючи джерелами цієї галузі не тільки Кримінальний кодекс. Що ж стосується галузей приватного права, то можна констатувати, що визнання судової практики, в тому числі вищих судів, відповідає самій природі приватного права, яке базується на договірних, диспозитивних (і тому змінюваних залежно від ситуації) засадах [98, с. 183].

Як відзначається в юридичній літературі, у теорії права невіршеним залишається питання про співвідношення правотворчості і правозастосування в діяльності судових органів, у тому числі питання про те, чи є судова практика тільки сферою правозастосування, або ж, крім правозастосовних функцій, їй властиві і правотворчі функції, унаслідок чого судова практика розглядається як джерело прав. Залежно від відповіді на поставлене запитання можна виділити дві позиції. Одні автори вважають судову практику джерелом права і навіть висувають пропозиції законодавчо закріпити її як таку (С. Братусь, А. Венгеров, Г. Жилін, В. Жуйков, Р. Лівшиць, І. Решетникова й інші), інші ж, не заперечуючи ролі судової практики у формуванні законодавства, не розглядають її як формальне джерело права (С. Алексєєв, К. Комісаров, В. Лазарев).



Аналіз концептуальних підходів до розуміння правотворчої функції органів судової влади в Україні допомагає виокремити основні точки зору вітчизняних учених на означену проблему:

а) судова практика є джерелом права лише в тій частині, в якій вона знаходить своє відображення в роз'ясненнях Пленуму ВСУ;

б) судова практика є джерелом права в повному обсязі (рішення КСУ, ВСУ, інших судових інстанцій у конкретних справах), включаючи сюди й рішення районних судів;

в) судова практика незалежно від форм її вираження не є джерелом права.

Компромісну позицію зайняв А. Поляков, з точки зору якого судова практика – це вторинні правові тексти і, відповідно, виступає як вторинне джерело права.

Необхідність визнання судової практики як джерела права обумовлена наявністю трьох її вимірів. Судова практика виступає як: 1) узагальнення судових рішень за групою конкретних подібних спорів; 2) як інтерпретаційна діяльність; 3) як, принаймні, прототип прецедентного права. Отже, у правовій системі України судова практика відіграє факультативно-орієнтувальну роль в процесі правового регулювання. Нині існують вагомі підстави вважати, що роль судової практики значно збільшилась і вийшла за межі факультативно-орієнтувальної функції [98, с. 184].

Супротивники визнання судової практики як джерела права виділяють два основні аргументи: перший полягає в тому, що суди покликані застосовувати право, а не створювати його; другий полягає в тому, що надання судам правотворчих функцій суперечить принципу поділу влади. Вважаємо, що не слід настільки жорстко «розводити» правозастосування і правотворчість. Суди застосовують право і у цьому їхня головна функція. Однак це не означає, що суд не може і не повинен брати участі у правотворчості. Вироблені в результаті судової практики правоположення в змозі компенсувати природне відставання норм права від динаміки суспільних відносин, можуть усувати протиріччя між

відносним «консерватизмом» права і мінливістю громадського життя [98, с.186].

Аналіз правової системи України дає можливість зробити висновок про те, що судова практика (попри відсутність офіційного визнання) вже є джерелом права. До числа судових актів, що містять нормативні приписи, можуть бути віднесені: рішення, які містять правові позиції КСУ; постанови Пленумів ВСУ, ВАСУ, ВГСУ, які містять нормативне тлумачення; рішення Європейського суду з прав людини, які визнані прецедентами і застосовуються в європейських країнах [88, с.187].

Завдяки судовим прецедентам і судовій практиці відбувається не тільки індивідуально-правове, а й нормативно-правове регулювання суспільних відносин. Завдання судової влади полягає у здатності вирішувати правовий конфлікт і у разі відсутності відповідної норми закону надати захист тим правам людини, які не дістали позитивного закріплення, врегулювати правовідносини, які не зміг передбачити законодавець. Як наслідок, постає необхідність у створенні судом норм права – загальнообов'язкових правил поведінки, що використовуються при вирішенні всіх аналогічних справ та підтримуються державою [43, с. 41].

Судова практика – це цілеспрямований процес діяльності суб'єктів судової системи України по здійсненню правосуддя і сформований на основі її результат у формі правових приписів (правових позицій), які надолужують, доповнюють або змінюють у зв'язку з дефектністю (прогальністю) норм, що регулюють суспільні відносини при розгляді конкретних категорій справ [24, с. 193].

Основні ознаки судової практики: поєднує в собі два елементи: діяльність уповноважених органів і одержаний на основі цієї діяльності результат; формується на основі чинного законодавства і не повинна йому суперечити; мають існувати межі формування судової практики, щоб не проявлялося судове свавілля; є формою судової правотворчості, в процесі якої створюються норми адресовані невизначеному колу осіб; може бути застосована протягом тривалого періоду до однакових ситуацій; у певних випадках є джерелом правового

регулювання і найважливіші її положення можуть бути покладені в основу судових актів; підтверджує на досвіді доцільність тих чи інших правових норм і є джерелом подальшого розвитку права [24, с. 194].

Поняття «судова практика» в широкому значенні включає: будь-яку діяльність судових органів щодо розгляду та вирішення конкретних справ; соціально-правовий досвід, накопичений у результаті цієї діяльності. Разом з тим, дане поняття може використовуватися й у вузькому значенні, залежно від контексту позначаючи ним: діяльність судових органів щодо здійснення правосуддя; всі результати цієї діяльності; певну частину результатів судової діяльності [92, с. 494].

Судова практика як джерело права – це частина соціально-правового досвіду і результатів діяльності вищих судових органів та іноді нижчих судів, що виражається в офіційних актах органів судової влади (рішеннях, постановах, ухвалах, що набрали чинність і не були скасовані), які містять важливі і актуальні правові позиції обов'язкового характеру чи переконливого характеру (судові прецеденти, ustalена судова практика та роз'яснення вищих судових органів), а також обов'язкові до виконання приписи нормативного характеру, що містяться у рішеннях Конституційного Суду та судів загальної юрисдикції та мають наслідком втрату чинності нормативно-правових актів або їх окремих положень у зв'язку з визнанням їх неконституційними чи незаконними [92, с. 496].

Між судовою практикою та судовим прецедентом існують точні грані відмінності. Судова практика є результатом діяльності суддів різних ступенів судової системи. Прецедентами можуть бути лише рішення відповідних судів, які винесли більшістю голосів членів суду. Судова практика є «продуктом» творчості суддів, що виступає в одноособовій якості. Структура судових рішень, які входять у судову практику, носить більш спрощений («стандартний») характер. Судова практика на відміну від судового прецеденту, зазвичай не володіє обов'язковою силою та носить характер офіційного акта тлумачення, покликаного забезпечити єдність правозастосовного процесу.

Судова практика в найрізноманітніших проявах (і під час скасування нормативних актів, і в роз'ясненнях пленумів, і за прямого застосування Конституції України, і під час вирішення конкретних справ) є джерелом права. Прийняті судові рішення служать зразком майбутніх судових рішень, тобто складається механізм судового прецеденту [188, с. 26].

Дійсно, джерела права служать критеріями правотворення, правовстановлення. Тому як джерела права можуть виступати не форми зовнішнього вираження права, а ті соціальні чинники і явища дійсності, які служать базою (фундаментом) процесу зародження правових норм. Насправді, якщо джерела права – це офіційні форми вираження і закріплення правових норм, що діють у даній державі, то багато реалій внаслідок того, що вони не отримали офіційного закріплення в актах держави, не можуть бути визнані джерелами права. Наприклад, правова доктрина або «право юристів» не отримали в нашій країні офіційної форми вираження як джерело права. Проте загальновідомо, що багато законів викликано до життя теоретичними розробками учених-правознавців. Схожа ситуація вийшла і з судовою практикою: вона також не має офіційної форми закріплення і визнання з боку нашої держави. Проте через особливе становище судової влади судова практика заслуговує на визнання як джерело права. Таким чином, навряд чи слід абсолютизувати офіційні форми вираження і закріплення змісту права в трактуванні джерел права. Конституцією істотно розширена правозахисна функція судової влади. Кожному гарантується захист прав і свобод. Рішення і дії, а також бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, суспільних об'єднань і посадових осіб можуть бути оскаржені в суді. В даний час практично немає сфери, яка була б виведена з-під контролю судів [78, с. 103].

Складається ситуація, коли закономірне прагнення суддів судів нижчої інстанції застосовувати норми, трактування яких було раніше дане вищими судами. Особливу актуальність і гостроту набуває питання співвідношення судової практики і не зв'язаного формальними розпорядженнями внутрішнього

суддівського переконання. В той же час і у правозастосовувача проблема визначення джерел права виникає тоді, коли він звертається до різних джерел нормативної інформації в прагненні підвищити надійність свого рішення, а також для з'ясування кримінально-правової норми.

У ч. 1 ст. 2 Кримінального кодексу України встановлено, що підставою кримінальної відповідальності є здійснення діяння, що містить склад злочину, передбаченого Кримінальним кодексом України, але тим часом з'ясування складу злочину, визначення і з'ясування точності того або іншого правила кваліфікації злочинів, яке загальновідоме, вимагає звернення до інших галузей законодавства України, судової практики, досягнень юридичної науки і так далі.

Нерідко при аргументації кримінально-правових рішень працюють професійні звичаї, вони також безпосередньо впливають на думку правозастосовувача, і узагальнення судової практики. Суддя знає кримінальний закон, має свою думку відносно його змісту, але керується вирішеннями вищих судів, оскільки не бажає відміни ухваленого ним вироку у конкретній справі. Така специфіка склалася не лише у сфері національного права. Можна з жалем констатувати, що в кримінальному праві не повною мірою використовуються досягнення загальної теорії права, в якій проблемам джерел права приділяється значно більша увага. Все це породжує необхідність вирішення проблемних ситуацій, які полягають у невизначеності характеру і кола джерел кримінально-правової інформації, неповному або невірному його використанні і, відповідно, в ухваленні невірних кримінально-правових рішень.

Одним із способів цього є розробка на галузевому рівні теорії джерел кримінального права, виходячи за кордони вивчення кримінального закону, нарівні з теорією злочину і покарання. У межах розгляду судової практики, як джерела кримінального права, необхідно проаналізувати судову практику, відбиту в інтерпретаційних і правозастосовних актах Верховного Суду України. Аналізуючи ці акти, все частіше можна стверджувати, що їх фактичне вживання, а саме цільове вживання пов'язане з тим, що правозастосовувач звертається до них

для з'ясування змісту кримінально-правової норми, що вказує на фактичне вживання в українській правовій системі прецеденту як джерела права.

Постанови Пленуму Верховного Суду України відповідно до встановленого законодавства мають рекомендаційний характер для судів, інших органів і посадових осіб, що застосовують закон. З даного питання ще продовжуються дискусії, але практичне вживання постанов Пленуму судами першої інстанції дозволяє нам відзначити їх практично імперативну, всупереч закону, силу для судів. Обов'язковість обумовлена тим, що в разі ігнорування постанови Пленуму рішення суду може бути скасоване вищою судовою інстанцією.

У таких випадках [78, с. 104] додатковим джерелом права через обов'язковість її вживання при розгляді справ виступає судова практика, що склалася. Дана точка зору в науковій літературі тлумачиться неоднозначно. З одного боку, судова практика є джерелом права в сучасному українському праві, з іншої – судова практика носить рекомендаційний характер і тому не є джерелом права.

Судова практика Пленуму Верховного Суду України у вигляді прийняття постанов, а також рішення Верховного Суду України при розгляді конкретних справ, мають велике значення і часто виступають орієнтиром одноманітного вживання закону. Отже, можна зробити висновок, що судова практика, яка створюється Верховним Судом України у вигляді судових рішень по конкретних справах і постанов Пленуму Верховного Суду України, дозволяє заповнити прогалини в нормативному акті, орієнтує суди в ухваленні законних рішень, виключає порушення матеріального і процесуального законодавства, зобов'язує суди розглядати справи у встановлені строки, забезпечуючи тим самим гарантований захист прав, свобод і інтересів людини і громадянина, що охороняються законом.

Отже, слід зазначити, що судова практика Верховного Суду України, що створюється судовими рішеннями по конкретних справах і постановами Пленуму, є додатковим регулювальником суспільних відносин, сполучною ланкою між

законом і реальним життям, а тому повною мірою може вважатися додатковим джерелом права в правовій системі України [61, с. 105].

Кримінально-процесуальну практику розглядають у широкому (як сукупність нормотворчої та правореалізаційної складової) та вузькому (реалізація правових положень) розумінні. Її розглядають у двох аспектах як процес, і як результат. Кримінально-процесуальна практика як процес, і одночасно, як продукт правозастосування створює специфічний режим, в якому виникають і розвиваються кримінально-процесуальні відносини [5, с. 16].

Проаналізувавши підходи до розуміння судової практики як джерела права, варто підсумувати: 1) судова практика – це результат судової діяльності з розгляду конкретної справи або узагальнений результат певної категорії справ; 2) вона містить в своєму рішенні правові положення, правові позиції, принципи, норми права, дефініції; 3) є обов'язковою для застосування всіма судовими інстанціями; 4) публікується в спеціальних збірниках, офіційних виданнях.

Звичайно, відразу розпізнати, де судова практика, а де просте судове рішення, без спеціальної правової підготовки та правового досвіду складно. Останнім часом застосування судами одного лише закону без урахування судової практики може привести до помилкового рішення.

Саме тому вважаємо, що судова практика – це певний результат, підсумок судової діяльності, в певному виді судочинства, заснований на досвіді та суддівському розсуді, закріплений в судовому акті та містить правові положення, тлумачення норми права, правові позиції, принципи і є прикладом для правозастосування судами нижчих інстанцій.

### **1.5 Система та види судової практики**

В юридичній літературі наведена різна видова градація судової практики, але при розгляді того чи іншого виду, класу судової практики, необхідно враховувати не лише структуру і ознаки судової практики, але й її місце та роль в

правовій системі, зовнішні та внутрішні її форми, які дозволяють провести класифікацію.

Під класифікацією слід розуміти систематичний розподіл і впорядкування понять і предметів. Ознака, на підставі якої відбувається поділ (часто їх може бути кілька), називається підставою поділу. Якщо в основу поділу покладено всі можливі ознаки, то маємо справу з класифікацією. Класифікація – це також система супідрядних понять (класів об'єктів) будь-якої галузі знання чи діяльності людини, яка використовується як засіб для встановлення зв'язків між цими поняттями або класами об'єктів.

Класифікація судової практики означає розподіл її за видами залежно від тих чи інших критеріїв, ознак. Розглядатимемо класифікацію як один із способів наукового пізнання, що дозволяє під певним кутом зору розкрити як внутрішні структурні взаємозв'язки судової практики, так і зовнішні форми її прояву, співвідношення з широким соціальним контекстом, що відкриває нові можливості в дослідженні даного явища.

Класифікація судової практики – це один із способів науково-практичного пізнання, що дозволяє зрозуміти внутрішню структуру судової практики, її зовнішні форми прояву. Це має не лише теоретичне, але й практичне значення для судової діяльності, оскільки вирішення правового спору зі застосуванням лише одного нормативного акта без взаємозв'язку з правовими позиціями, судовою практикою у деяких випадках призводить до помилкової правової оцінки фактичних обставин справи та прийняття незаконного/неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови.

Класифікація судової практики сприяє визначенню місця судової практики в правовій системі, усвідомленню функції судової практики та її ролі в правовому регулюванні, точнішому визначенню меж та можливостей судової практики з регулювання спірних відносин, вдосконаленню правотворчої і правозастосовчої діяльності державних органів, в тому числі і судових.

Відсутність чіткості в розумінні системи методів наукового пізнання, які



використовуються суддями у своїй діяльності, дозволяє запропонувати один з варіантів у вирішенні даної проблеми.

Переважно у пізнавальному процесі застосовується традиційний підхід встановлення відповідної норми права до спірного випадку і прийняття судового акту. В основному процедури пізнання суддею складаються з декількох етапів: підготовка і вивчення матеріалів справи, судовий розгляд і винесення судового рішення. На кожному етапі суддя використовує певні способи, методи пізнання, необхідні для встановлення істини в справі і прийняття справедливого і законного рішення.

В основному процес пізнання починається з вивчення матеріалів, їх аналізу, встановлюється, яка норма права порушена, і яка норма права підлягає застосуванню до спірного випадку (конфлікту). Далі процес переходить у стадію судового розгляду, де перевіряються на засадах змагальності сторін докази у справі, після чого суддя в нарадчій кімнаті приймає рішення по справі. При цьому суддею використовуються способи тлумачення норми права, закони логіки, порівняння, проводиться аналіз судової практики про правильне тлумачення норми права вищими судовими інстанціями, враховується регіональна судова практика і т.д., після чого приймається рішення в строго встановленій формі.

Під час судового правозастосування при встановленні правової основи справи і виборі норми права, в залежності від виду судочинства, враховується судова практика Конституційного Суду України, Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду з розгляду кримінальних і цивільних справ, Вищого господарського суду України та Вищого адміністративного суду України, їх правові позиції, які допомагають судді визначити, чи діє обрана норма права самостійно або її слід застосовувати у взаємозв'язку із судовою практикою.

Слід зазначити, що в судовій діяльності використовуються ті ж методи, що і в науковій діяльності, оскільки шлях до пізнання і встановлення істини не залежить від роду діяльності та для всіх суб'єктів є єдиним.

С. В. Васильєв до судової практики відносить діяльність і її результати усіх

ланок судової системи України. Водночас, враховуючи, законодавчо закріплені завдання і повноваження, слід розмежовувати види судової практики. На думку дослідника, за основу класифікації судової практики слід використовувати функціональну ознаку, що визначається залежно від виду судочинства: практика судів загальної юрисдикції; практика Конституційного Суду України; практика Європейського суду з прав людини [24, с. 194].

Аналіз української правової системи дозволяє зробити висновок про те, що судова практика вже є джерелом права. Так, до числа судових актів, що містять нормативні приписи, можуть бути віднесені: рішення Конституційного Суду України; нормативне тлумачення Пленуму Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів; рішення Європейського суду з прав людини [190, с. 60].

Якнайповнішим і таким, що відображає вивчення судової практики, як джерела кримінального права, є класифікація судової практики за такою ознакою, як функціональність, яка визначається залежно від виду судочинства. Відповідно виділяють такі різновиди судової практики: 1) судова практика Конституційного Суду України; 2) судова практика судів загальної юрисдикції; 3) судова практика спеціалізованих судів [169].

Суддя Конституційного Суду України у відставці М. Савенко має власне бачення щодо класифікації судової практики. Дослідник виділяє такі види судової практики: за функціональним призначенням: правоконкретизуюча, контрольна, інтерпретаційна; за об'єктом впливу (за відповідними правовідносинами, що регулюються відповідними правовідносинами) та суб'єктом, який є безпосереднім її творцем: цивільна, адміністративна, господарська, кримінальна, конституційна, міжнародна тощо [157, с. 32].

У зв'язку з чим можливо виділити такі різновиди, як внутрішньодержавна судова практика, що виражає єдину позицію України, і судова практика наддержавних юрисдикційних органів, наприклад Європейського суду, який зв'язаний прецедентом і раніше винесеними ухвалами, що стають обов'язковими через прихильність нашої країни міжнародним зобов'язанням. Рішення суду

служать не лише для вирішення справи, що знаходиться на його розгляді, але і для того, щоб таким чином сприяти дотриманню державами своїх зобов'язань, які вони несуть як країни-учасниці.

Класифікувати судову правотворчість можна: за територіальним критерієм – на міжнародну та національну; за типами правових систем – на судову правотворчість у міждержавному, континентальному, загальному, змішаному типах правових систем; за суб'єктами здійснення – на судову правотворчість Міжнародного Суду ООН, Європейського суду з прав людини, Суду Європейського Союзу, конституційних судів та вищих судів загальної юрисдикції; за функціями судової влади, здійснення яких супроводжує така правотворчість – на нормоконтрольну, компетенційну, уніфікаційну, регламентну, правозахисну; за способом надання юридичної сили – на нормативно-актну (регламентну) та прецедентну судову правотворчість [167, с. 11].

У свою чергу З. Мельник вважає, що судову практику слід розмежовувати на рішення вищих судів, якими долаються прогалини шляхом застосування аналогії закону чи права, й акти Верховного Суду та вищих спеціалізованих судів, у яких на підставі аналізу судових рішень створюються критерії уподібненого застосування права, способи подолання прогалин та юридичних колізій, усунення правозастосовних помилок. На думку дослідниці, рішення Верховного Суду України та вищих спеціалізованих судів України є різновидами як правозастосовних прецедентів, так і правотлумачних прецедентів [100, с. 108].

Судова практика, як вищих судових органів, так і нижчих судових інстанцій, знаходить своє закріплення в судових актах, які вивчаються, аналізуються і враховуються суддями при розгляді справ.

Наукова і практична цінність класифікації судової практики залежить від обґрунтованого вибору її форм, змісту, необхідних для правильного розуміння її сутності, і судового застосування до певних юридичних казусів в співвідношенні з нормами і принципами права.

Таким чином, можна виділити два основні підходи до класифікації судової

практики - загальний і спеціальний.

При загальному підході судову практику доцільно класифікувати за такими критеріями:

1) правові основи закріплення судової практики в механізмі правового регулювання (нормативні акти, що визначають види судової діяльності, ієрархія судових органів, що закріплює судову практику);

2) форма вираження судової практики (рішення Конституційного Суду України, постанови пленумів Верховного Суду України та Вищих спеціалізованих судів);

3) спосіб впливу судової практики на законодавчий процес (законодавча ініціатива вищих судових органів, їх судова практика у конкретних справах у вигляді постанов, яка враховується правотворчими органами при прийнятті нормативно-правових актів);

4) правова доктрина судової практики (позиції вчених про розуміння, структуру, функції, місце і роль судової практики в системі джерел права, науково-практичні коментарі з питань судової практики).

Дані підходи розуміння судової практики, її структури, сутності необхідні для підготовки суддів до практичної діяльності, формування у них науково-правового мислення, а також для навчання студентів юридичних вищих навчальних закладів.

Розглянемо основні науково-практичні розуміння класифікації судової практики відповідно до сучасних умов.

Правові основи судової практики в механізмі правового регулювання визначені на законодавчому рівні. Важливо, що чимало норм Закону України «Про судоустрій та статус суддів» присв'ячено судовій практиці. Зокрема перебачено, що «єдність системи судоустрою забезпечується ... 4) єдністю судової практики» (п. 4 ч. 4 ст. 17 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016 р. № 1402-VIII ) [146].

Також з положень Закону України «Про судоустрій та статус суддів»

впливає, що судова практика формується:

1) Верховним судом, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом» (ч. 1 ст. 36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів») [146].

2) Вищими спеціалізованими судами, які вивчають та узагальнюють судову практику, інформують про результати узагальнення судової практики Верховний Суд (п. 2 ч. 1 ст. 32 Закону України «Про судоустрій та статус суддів») [146].

3) апеляційними судами (апеляційними судами з розгляду цивільних і кримінальних справ, а також справ про адміністративні правопорушення – апеляційними судами, які утворюються в апеляційних округах), які вивчають та узагальнюють судову практику, інформують про результати узагальнення судової практики відповідні місцеві суди, Верховний Суд (п. 2 ч. 1 ст. 27 Закону України «Про судоустрій та статус суддів») [146].

На практиці для знаходження і застосування нормативно-правового акта використовується класифікатор, в якому за галузями законодавства розміщені як нормативні акти, так і судова практика судових органів України. Але дана система фактично мало затребувана, оскільки не враховує потреби спеціалізації суддів і специфіку судової діяльності.

Судді ведуть власні кодифікації у певних галузях права (кримінальне, цивільне, трудове, адміністративне тощо), при цьому враховують судову практику, яка офіційно опублікована (Офіційний вісник України, Вісник Конституційного Суду України, Вісник Верховного Суду України, Часопис цивільного і кримінального судочинства. Кримінальне судочинство. Судова практика у кримінальних справах, Цивільне судочинство. Судова практика у цивільних справах, Вісник Вищого адміністративного суду України, Правові позиції в адміністративному судочинстві, Вісник господарського судочинства тощо), так і неопублікована, але міститься в інформаційно-правових системах («Інфодиск», «Ліга:Закон», «МЕГА-НАУ»).

Формуванню правового мислення і свідомості суддів сприяють науково-практичні коментарі з питань судової практики (кримінальної, цивільної, адміністративної, господарської тощо), в яких містяться відповідні наукові та практичні коментарі вчених і практичних працівників щодо тлумачення норм права з прикладами з судової практики у конкретних справах, які орієнтують суддів та інших правозастосовувачів на однакове розуміння та застосування норм права в судовій діяльності.

Розглянуті основні критерії розуміння судової практики дозволяють перейти до спеціальних критеріїв класифікації судової практики.

Структурними елементами судової практики є: судова діяльність, професійний досвід, суддівський розсуд, результат, підсумок цієї діяльності, що містить правові положення, тлумачення норми права, правові позиції, принципи, які закріплюються в судовому акті та є прикладом для застосування.

Дана структура судової практики, в більш вузькому розумінні, дозволяє запропонувати класифікацію за спеціальними критеріями (з урахуванням її статичності і динаміки) за наступними критеріями:

- 1) за юридичною силою;
- 2) за функціональністю;
- 3) за суб'єктами;
- 4) за об'єктом;
- 5) за судовими актами;
- 6) за галузевим критерієм;
- 7) за формою;

Законодавчо визначено, що висновок Верховного Суду України щодо застосування норм права, викладений у постанові Верховного Суду України у цивільній (ст. 360-7 ЦПК України), адміністративній (ст. 242-2 КАС України) та господарській (ст. 111-28 ГПК України) справах, має враховуватися іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права. Суди мають право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду

України, з одночасним наведенням відповідних мотивів.

У кримінальному процесі, висновок Верховного Суду України щодо застосування норми права, викладений у його постанові, є обов'язковим для всіх судів загальної юрисдикції, які зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із судовим рішенням Верховного Суду України. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках Верховного Суду України, з одночасним наведенням відповідних мотивів (ч. 1 ст. 458 КПК України).

З наведених положень, що містяться у процесуальних кодексах випливає, що фактично і юридично визнано судові рішення Верховного Суду України обов'язковими, тобто створена судово практика у конкретній справі цим судовим органом набуває обов'язкового характеру при розгляді справи, а також аналізується і враховується з метою однакового застосування матеріального і процесуального закону.

Слід також враховувати, що у господарському судочинстві касаційна інстанція наділена правом надавати вказівки, що містяться у постанові касаційної інстанції, які є обов'язковими для суду першої інстанції під час нового розгляду справи (ст. 111-12 ГПК України).

Натомість у кримінальному судочинстві вказівки суду, який розглянув справу в касаційному порядку, є обов'язковими для суду першої чи апеляційної інстанції при новому розгляді (ч. 2 ст. 439 КПК України).

Повноваження Конституційного Суду України, принципи судочинства, статус суддів, види рішень і їх юридична сила, а також інші питання регулюються Законом України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 року № 433/96-ВР. Зокрема, в ст. 69 цього Закону України закріплено, що рішення і висновки Конституційного Суду України рівною мірою є обов'язковими до виконання.

Для судів загальної юрисдикції, що розглядають цивільні справи, в постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення» від

18 грудня 2009 р. № 14 закладений механізм застосування судами рішень Конституційного Суду України, постанов Пленуму Верховного Суду України, рішень Європейського суду з прав людини.

Зокрема передбачено, що у мотивувальній частині кожного рішення, у разі необхідності мають бути посилання на рішення Європейського суду з прав людини, які згідно із Законом України від 23 лютого 2006 року N 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є джерелом права та підлягають застосуванню в даній справі.

У необхідних випадках суд зазначає про урахування: рішення Конституційного Суду України про офіційне тлумачення Конституції та законів України, які підлягають застосуванню в даній справі та при вирішенні питання про відповідність Основному Закону України нормативно-правових актів, перелічених у пункті 1 частини першої статті 150 Конституції України, якими сторони доводять свої вимоги чи заперечення; постанов Пленуму Верховного Суду України, прийнятих відповідно до статті 125 Конституції України, з питання застосування норм процесуального та матеріального права, які підлягають застосуванню в даній цивільній справі.

При ухваленні рішення у адміністративній справі Пленум Вищого адміністративного суду України у постанові «Про судові рішення в адміністративній справі» від 20 травня 2013 р. № 7 зазначає, що у мотивувальній частині рішення можуть також використовуватися посилання на рішення Конституційного Суду України, відповідні рішення Верховного Суду України (стаття 244-2 КАС України), а також посилання на рішення Європейського суду з прав людини згідно із Законом України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Крім цього, Пленум ВАС України наголошує, що законним є рішення, ухвалене судом відповідно до норм матеріального права з урахуванням юридичної сили правового акта в ієрархії національного законодавства, що регулює спірні правовідносини, подібні правовідносини (аналогія закону) або за відсутності



такого закону – на підставі конституційних принципів і загальних засад права (аналогія права), принципів верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини при дотриманні норм процесуального права.

Пропозиції про закріплення принципу обов'язковості судової практики вищих судових інстанцій для судів загальної юрисдикції поки не знаходить законодавчого закріплення, що в свою чергу породжує правову невизначеність і непослідовність в прийнятті судових рішень нижчими судами.

За функціональною спрямованістю судову практику слід розмежувати на такі види:

- 1) правозастосовна;
- 2) судова практика з тлумачення правової норми;
- 3) правоконкретизуюча;
- 4) правороз'яснювальна;
- 5) нормотворча;
- 6) контрольна;
- 7) наглядова;
- 8) правовиховна;
- 9) правоохоронна;
- 10) інформаційна;
- 11) науково-практична.

За суб'єктами формування, судова практика створюється, починаючи з місцевих судів і далі за інстаціями судових органів, апеляційними судами, Вищими спеціалізованими судами, Верховним Судом України та Конституційним Судом України, що дозволяє визначити статус судової практики і обов'язковість її застосування.

Також варто виділити судову практику одноосібну і колегіальну. Перша формується суддею одноосібно при розгляді правового спору, а колегіальна – складом суду, що складається з трьох і більше суддів. Наприклад, в адміністративному судочинстві розгляд справ у першій інстанції може

здійснюватися як одноосібно, так і колегіально у складі трьох суддів, в апеляційному порядку колегією суддів у складі трьох суддів, в касаційному порядку здійснюється також у складі не менше як трьох суддів; у Вищому адміністративному суді України, як суді першої інстанції, розглядаються і вирішуються колегією у складі не менше п'яти суддів; перегляд судових рішень в адміністративних справах у Верховному Суді України здійснюється колегіально.

Судові акти, в яких закріплюється судова практика, можуть мати статус офіційних і неофіційних судових документів. Під офіційними судовими документами слід розуміти судові рішення, що набрали законної сили, а також узагальнені матеріали по розглянутих судових справах, опубліковані в офіційних виданнях (Офіційний вісник України, Вісник Конституційного Суду України, Вісник Верховного Суду України) або розміщені на сайті судового органу\*. До них відносяться:

- 1) судові рішення та ухвали, що приймаються судовими органами в певному виді судочинства;
- 2) узагальнені матеріали по певній категорії справ, закріплені в довідках, оглядах;
- 3) постанови пленумів Верховного Суду України, Вищого

---

\* На сайті Верховного Суду України у розділі «Судова практика» розміщено: рішення й ухвали в цивільних справах по першій інстанції; рішення й ухвали в цивільних справах у касаційному порядку; рішення у кримінальних справах у касаційному порядку; рішення у кримінальних справах у порядку виключного провадження; рішення у господарських справах у касаційному порядку; рішення в адміністративних справах (особливості розгляду справ окремих категорій); рішення в адміністративних справах (застосування процесуального законодавства в адміністративному судочинстві); рішення у справах про адміністративні правопорушення; узагальнення судової практики; судова статистика; науково-практичний коментар; правові висновки Верховного Суду України

([http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/7CD9BF86142D6F24C2257ADB00320D2D](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/7CD9BF86142D6F24C2257ADB00320D2D))

На сайті Вищого адміністративного суду України у розділі «Судова практика» розміщено: узагальнення судової практики; інформаційні листи; судова статистика; практика Європейського суду з прав людини (<http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/>).

На сайті Вищого господарського суду України у розділі «Судова практика» розміщено: Постанови Пленуму Вищого господарського суду України; Роз'яснення (рекомендації) Вищого господарського суду України; Інформаційні листи Вищого господарського суду України; Оглядові листи Вищого господарського суду України; Висновки Верховного Суду України в господарських справах; Практика Європейського суду з прав людини (<http://www.arbitr.gov.ua/>).

На сайті Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ у розділі «Судова практика» розміщено: узагальнення судової практики; судова статистика; окремі судові рішення; Постанови Верховного Суду України у справах цивільної юрисдикції; Постанови Верховного Суду України у справах кримінальної юрисдикції (<http://sc.gov.ua/>).

адміністративного суду України, Вищого господарського суду України та Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ;

4) інформаційні листи, листи-рекомендації, роз'яснення.

Судова практика містить вказівки (рекомендації, роз'яснення) нижчестоящим судовим органам, які слід враховувати при розгляді справ з метою однакового застосування закону, заповнення прогалин в законі, усунення колізій у правозастосуванні.

Рекомендаційні роз'яснення з питань застосування законодавства як зазначають В. Капустинський та О. Хотинська-Нор є формою позапроцесуальних повноважень і дієвим нормативно-закріпленим способом досягнення єдності судової практики, проте не єдиним, оскільки задекларована мета досягається й іншими засобами в процесі здійснення повноважень спеціалізованих судів [62, с. 61]. До інших засобів віднесено інформаційні листи вищих спеціалізованих судів.

Дослідники умовно поділяють інформаційні листи за критерієм змістового навантаження на три групи:

1) інформаційні листи, що містять роз'яснення вищого спеціалізованого суду з питань застосування окремих норм законодавства (Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 28. 12. 2014 р. № 122/11/14-14 [58]; Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування у судовій практиці Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 05. 06. 2014 р. № 01-06/745/2014 [137]. Мета цієї категорії інформаційних листів – забезпечення однакового застосування суддями нижчих інстанцій окремих норм для уникнення неоднакового застосування законодавства. Це свого роду «міні-постанови», які в подальшому відображені у постановах пленуму судів касаційної інстанції. Тому самі ці інформаційні листи є найбільш оперативними і в подальшому значущими з точки зору формування судової практики.

2) інформаційні листи, які містять правові позиції Верховного Суду України, сформульовані за наслідками розгляду заяв про перегляд судових рішень із мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права з подібних правовідносин (Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про доповнення Інформаційного листа ВГСУ від 15.03.2011 р. № 01-06/249 «Про постанови ВСУ, прийняті за результатами перегляду судових рішень господарських судів» від 27.01.2015 р. № 01-06/114/15) [138]. Доводячи до відома судів нижчих інстанцій правові позиції Верховного Суду України, вищі спеціалізовані суди сприяють забезпеченню адаптації судової практики у відповідність до рішень найвищого судового органу судів загальної юрисдикції.

3) інформаційні листи, які містять повідомлення про факти, що повинні враховуватися суддями у своїй діяльності (Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 11. 02. 2014 р. № 173/11/14-14) [56] [62, с. 61–63].

Вважаємо запропонований В. Капустинським та О. Хотинською-Нор перелік інформаційних листів неповним. Серед інформаційних листів вищих спеціалізованих судів варто виділити також:

1) інформаційні листи, які містять огляд судових рішень вищих спеціалізованих судів, ухвалених в касаційному порядку для забезпечення однакового застосування законодавства під час розгляду та вирішення судових справ (Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 18.02.2014 р. № 212/11/14-14 [57]).

2) інформаційні листи про рішення Європейського Суду з прав людини (Інформаційний лист Вищого господарського суду України «Про рішення Європейського Суду з прав людини» від 15.05.2014 р. № 01-06/632/14 [145]) та вжиття заходів загального характеру, необхідних для виконання рішень Європейського Суду з прав людини (Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 06.05.2015 р. № 870/10-14 [55]).

За галузевим критерієм судову практику можна розмежувати на конституційну, цивільну, адміністративну, господарську, кримінальну. Кожна галузь судової практики має свій розподіл.

Так, конституційну судову практику можна поділити за сферою повноважень Конституційного Суду України, закріплених в Главі 2 Закону України «Про Конституційний Суд України».

Кримінальну судову практику, яка формується судами загальної юрисдикції, можна поділити на матеріально-правову і процесуально-правову практику.

До першої відноситься судова практика, що ґрунтується на загальній та особливій частинах КК України. Наприклад, злочин, покарання, звільнення від кримінальної відповідальності, кримінальна відповідальність неповнолітніх, примусові заходи медичного характеру (Загальна частина КК України); злочини проти життя та здоров'я особи (вбивство, заподіяння тілесних ушкоджень та ін.), злочини проти власності (крадіжка, грабіж, розбій) (Особлива частина КК України).

До процесуально-правової судової практики відноситься кримінально-процесуальна діяльність суду, закріплена в КПК України. Зокрема, це розгляд кримінальних справ у першій інстанції, в апеляційному, касаційному порядку та інші процесуальні дії; види, структура судових рішень.

Судова практика у сфері цивільного судочинства включає в себе практику розгляду цивільних справ в порядку, передбаченому ЦПК України. Цей вид судової практики найбільш об'ємний та поділяється на судову практику у різних сферах (житлові, трудові правовідносини, захист інтелектуальних прав тощо).

За формою втілення судова практика передбачає письмове оформлення. У кожному виді судочинства існують певні форми судових актів:

1) в конституційному судочинстві – рішення (за результатами розгляду справ щодо конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових

актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України) та висновок (у справах з питань, визначених у ст. 63 Закону України «Про Конституційний Суд України»);

- 2) в кримінальному – вирок та ухвала (ст. 369 КПК України);
- 3) в цивільному – ухвала, рішення та постанова (ч. 1 ст. 208 ЦПК України);
- 4) в адміністративному судочинстві – постанова (судове рішення, яким суд вирішує спір по суті) та ухвала (судове рішення, яким суд зупиняє чи закриває провадження у справі, залишає позовну заяву без розгляду або приймає рішення щодо інших процесуальних дій, клопотань) (ст. 158 КАС України).

Крім цього, судова практика знаходить своє відображення в оглядах, інформаційних листах, листах-роз'ясненнях про застосування тієї чи іншої норми права.

Отже, запропонована та розглянута класифікація судової практики не є абсолютною, в юридичній літературі містяться інші критерії поділу судової практики, але на нашу думку, в даному дослідженні розглянуто найбільш важливі, які можуть бути корисними у сфері правотворення та правозастосування.

## **Висновки до розділу 1**

Підсумовуючи проведений у першому розділі аналіз теоретико-методологічних засад дослідження судової практики як джерела права можна зробити такі висновки:

1. У процесі тривалих наукових дискусій про судову практику як джерело права і про нормотворчі функції вищих судових органів, не вироблено єдиних точок зору у вирішенні даної проблеми. В основному дослідники ототожнюють рішення вищих судових органів з нормативними актами, що мають силу закону, а судову нормотворчість з правотворчістю і законотворчістю. Саме ці обставини і породжують дискусію в науці і практиці.

2. Судові акти як джерела права мають деякі ознаки нормативності, але порівнювати їх з нормами права (закону) не слід, оскільки вони містять нормативні правила, що слід застосовувати до конкретного випадку (суспільних відносин), поширюються виключно на схожі випадки і час їх дії обмежений, до прийняття нової норми закону.

3. Розглянуті проблемні питання про судову практику як джерела права дозволяють виявити її певну значимість не лише в застосуванні права, а й у створенні судових правових позицій, що сприяє усуненню прогалин, формуванню правових норм та у взаємодії з іншими джерелами права ефективному регулюванню суспільних відносин.

4. Застосування у дисертаційній роботі сучасної методології наукових досліджень сприяло комплексному аналізу судової практики як джерела права. Використання законів діалектики, загальнонаукових та спеціальних методів, дозволило розкрити загальні закономірності виникнення і розвитку судової практики як правового явища, виявити її форми, функції, взаємодію з іншими джерелами права, вплив на правотворчість, процедуру формування, практичне застосування, законодавче або доктринальне визнання судової практики як джерела права України.

5. Судова практика як джерело права історично формувалася у взаємозв'язку з нормативними актами, які розвивались, доповнювалися, а в деяких випадках змінювалися судовою практикою. Найбільш значуща, усталена судова практика була орієнтиром для застосування у спірних випадках; використовувалася законодавцем при створенні правових норм; створені судовою практикою правові положення прецедентного характеру, застосовувалися судовими органами при вирішенні справ. При цьому судова практика виступала регулятором суспільних відносин, дозволяла вирішувати спірні казуси між сторонами, виробляла правові положення для законодавчих органів, що сприяло формуванню та розвитку правової державності на території України.

6. Судова практика – це певний результат судової діяльності, в певному виді

судочинства, заснований на досвіді і суддівському розсуді, закріплений в судовому акті, що містить тлумачення норми права, правові позиції, принципи і є прикладом для застосування. Поєднання цих елементів судової практики утворює її структуру, що дозволяє їй існувати як в широкому розумінні, так і в вузькому.

7. Встановлено, що судова практика є джерелом права, якщо судовий акт вищих судових органів містить: 1) роз'яснення про застосування нормативних актів; 2) вироблені нові правові правила матеріального і/або процесуального характеру; 3) надано тлумачення правової норми; 4) сформульовані дефініції, правова позиція (судова норма), якими подолано колізію або прогалину в праві. Дані особливості судової практики як джерела права, створеної вищими судовими органами, дозволяють визначити її нормативно-правовий (прецедентний) характер, спрямований на регулювання суспільних відносин.

8. Здійснено класифікацію судової практики, що дозволяє зрозуміти її внутрішню структуру та зовнішні форми прояву. Наукова і практична цінність класифікації судової практики залежить від обґрунтованого вибору її форм, змісту, необхідних для правильного розуміння її сутності, і судового застосування до певних юридичних казусів в співвідношенні з нормами і принципами права.

Класифікацію судової практики проведено за такими критеріями: 1) за юридичною силою; 2) за функціональністю; 3) за суб'єктами; 4) за об'єктом; 5) за судовими актами; 6) за галузевим критерієм; 7) за формою.



## РОЗДІЛ 2

### СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА У СУЧАСНИХ ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ

#### 2.1 Судова практика як джерело права в англо-американській правовій сім'ї

До норманського завоювання Англії в країні була відсутня централізована правова система. Місцеві звичаї патріархальних англосаксонських племен і співтовариств відображали право цього періоду. Суди у своїх рішеннях могли спиратися лише на норми місцевих звичаїв і традицій. Система права в цей період була примітивною, оскільки вона, в першу чергу, захищала інтереси землевласників та купців. Звичаї, які існували в цей період, суттєво різняться між собою [155, с. 60].

Норманське завоювання посилило процес централізації країни, виникла потреба у вирішенні спорів і посилилась роль суддів. Завоювавши землі англосаксів, прибульці на перших порах відкрито не відкинули і не відмінили право англосаксів. Зокрема, Вільгельм Завойовник доклав достатньо серйозних зусиль, щоб зберегти правові звичаї завойованих ним земель. Однак, ці зусилля були марними, так як відродити звичне англосаксонське право не вдалося.

З посиленням ролі централізованого права, що застосовувалося королівськими суддями, значення звичаєвого права, права місцевого і архаїчного зменшилося. Причини заміни англосаксонських правових звичаїв нормандським правом були суто практичними. Річ у тім, що земельна власність, саме управління державою і правосуддям, були сконцентровані в руках завойовників-норманів. У ці часи всі представники правової еліти (нормани) мали пряме відношення до здійснення правосуддя і до управління, але враховували при цьому місцеві звичаї [155, с. 62].

Також слід зазначити, що у створенні єдиної національної системи права Англії провідну роль відігравав не парламент, а королівські судді та суди. Підтвердженням цієї тези є те, що система королівського суду виникла на ціле століття раніше, ніж з'явився прообраз сучасного парламенту.

Нормани ввели новий орган управління – Королівську Раду (*Curia Regis*). Він перевіряв правильність сплати податків, а також мав судові і законодавчі функції. Можливо, цей орган слід розглядати як певний прообраз того, що пізніше стало сучасним англійським парламентом і судовою системою. За Генріха I (1100–1135 рр.) курія поступово перетворилася на вище казначейство країни, що виконувало, до того ж, судові функції. Фактично це був перший головний королівський суд, введений на противагу місцевим судам.

У XII – XIII ст. у системі королівського суду з'явилися нові судові органи. Вони функціонували поряд з місцевими судами, які не належали до королівських судів. До нових королівських судових органів входили Суд казначейства, виїзні суди (чи ассизи), Суд королівської лави, Суд загальних позовів [155, с. 67].

Фактично запровадження єдиної судової системи сприяло формуванню загального права для всієї країни. Слід детальніше зупинитись на судах, згаданих вище:

– Суд казначейства (*Court of Exchequer*) спочатку складався із підрозділів Королівської Ради (*Curia Regis*) і займався податками та зборами. Згодом цей судовий орган почав вирішувати фінансові суперечки і податкові справи. Назву Палата шахової дошки він отримав тому, що його лави накривали білими і чорними шкірами, вони були подібні на шахову дошку.

– Суд ассизів (*Court of Assize*) розглядав справи на виїзних засіданнях. Країна була розділена на райони, які називалися округами. Судді, роз'їзжаючи по цих округах, проводили засідання суду в кожному місті. Спочатку ассизи розглядали цивільні позови і кримінальні обвинувачення. З часом ці суди почали займатися лише кримінальними справами.

– Суд загальних позовів (*Court of Common Pleas*) було створено для

вирішення суперечок майнового характеру між приватними особами. Це були справи, що не стосувалися інтересів монархії і монарха. Суд було створено відповідно до обіцянок, які дав король у Великій Хартії вольностей (Magna Carta). У 1215 р. запроваджено спеціальний окремий суд для загальних позовів. Звернення в цей суд було надзвичайно дорогим. Суд перебував у Лондоні і в основному займався питаннями, що стосувалися земельних суперечок і земельних володінь.

– Суд королівської лави (Court of King's Bench) спочатку був створений як орган з розгляду публічних справ і питань, що стосуються інтересів держави. Засідання цього суду відбувалося під головуванням короля. Звернення до суду передбачало певну близькість до короля, оскільки судова процедура могла бути ініційована за особливим наказом, який можна було отримати тільки через цей суд (так звані прерогативні накази – prerogative orders). У Суді королівської лави розглядали переважно справи про земельну власність, надалі – кримінальні і цивільні [155, с. 67–68].

Отже, судова система Англії часу після норманського завоювання посилює процес централізації влади і формування єдиного загального права для всієї країни. Також, як зазначають дослідники, поряд із королівським судом в Англії існували і місцеві суди общин, які використовували норми загального права, і суд барона (феодала). В містах і сільській місцевості були свої суди. Кожен суд керувався звичаями тієї місцевості, на яку поширювалася його юрисдикція. Звичаї в містах були прогресивніші, ніж у селах. Вони орієнтувалися на потреби товарного виробництва, що зароджувались, і на торгівлю. Звичаї в сільській місцевості, навпаки, тяжіли до патріархальності і натурального господарства.

Також, окрім світського суду, жителі середньовічної Англії зверталися в церковний суд, який керувався положеннями і вимогами канонічного права. В основному церковні суди вирішували питання, що стосувалися шлюбно-сімейних і спадкових відносин. Офіційно в Англії ці сфери були вилучені із церковного правосуддя спеціальними актами парламенту – Законом про суди з прав про

спадкування і Законом про суди з матрімоніальних справ (1857 р.). Аналіз цих законодавчих актів свідчить, що загальне право Англії сприйняло багато положень, які виробило канонічне право, перш за все, в галузі спадкового права. Це стосується головним чином положень, що регламентують питання заповіту особистого майна [155, с. 68–69].

Ще у XIII ст. англійські суди звертались до попередніх рішень. Щоб допомогти суддям, з 1282 р. в Англії починають щороку видавати спеціальні збірники судових рішень (*years books*). Вони були призначені для систематизації прецедентів і тим самим полегшили аналіз і узагальнення судової практики в країні [155, с. 70].

Отже, слід зазначити, що формування певних категорій судів, спричиняло централізацію права, а також формування прецедентного права.

Характерною рисою початкового періоду розвитку англійського загального права є домінування процесуального права над матеріальним. Іншими словами, для англійців споконвічно більше значення мала процедура звернення до суду, ніж суть справи. Така особливість пояснюється тим, що спочатку королівський суд був доступним тільки привілейованим верствам населення. Основна складність полягала в тому, щоб отримати дозвіл короля на звернення до його королівського суду. Щоб упорядкувати цю практику, запроваджується система надання особливих документів – наказів суду, які дозволяли розпочати судову процедуру. Наказ суду (*writ*) – це припис короля, в якому стисло викладали суть позову і надавали доручення судовому чиновнику, судді або керівникові суду порушувати справу щодо конкретного випадку і заслухати її у присутності сторін [194, с. 278].

Накази суду являли собою спеціальний документ (лист з печаткою). Цей документ давав право порушити судову процедуру. Наказ надсилався від імені короля, був прямим його розпорядженням на адресу спеціальних службовців (шерифів) у тому окрузі, в якому виникла суперечка. До обов'язків шерифів входила першопочаткова підготовка матеріалів справи для наступного судового

розгляду. Можливо, декілька перших сотень таких розпоряджень були підписані особисто королем. Однак незабаром виникає спеціальний орган – Служба наказів канцелярії під управлінням королівського лорд-канцлера. Ця установа почала масово видавати накази суду [155, с. 72–73]. Якщо спочатку королівські накази видавалися суду лише у виняткових випадках, то пізніше, під тиском звернень, перелік позовів, які могли бути розглянуті в суді, збільшився. Було розроблено спеціальний стандартний перелік найтиповіших звернень, з якими доводилося стикатися на практиці. Він отримав назву «позовний формуляр» (form of option), або «позов», хоча за невелику плату канцелярія могла винайти нову форму наказу, не передбачену у вказаному переліку. Так розширювався загальний перелік, і одночасно збагачувались норми матеріального загального права (таких наказів суду існувало понад 75). Форма позову визначала тип прецеденту, а від нього залежало, зокрема, як слід викликати відповідача до суду, як зібрати докази, як виконати рішення суду і т. п. Були випадки, що позивач програвав справу, бо неправильно вибрав позовну форму [15, с. 73–74].

Період розвитку англійського права з 1832 р. і до сьогодні відрізняється значною трансформацією як державного механізму, так і правової системи Англії. На його початку було проведено доволі радикальні правові і судові реформи. Внаслідок цього юристи перенесли акцент з процесуального на матеріальне право. Було здійснено велику роботу з «розчищення» законодавства, звільнення його від архаїчних, давно недіючих актів. Систематизовано цілі масиви нормативних актів, що існували в низці галузей англійського права [15, с. 174].

Суттєвим для цього періоду є проведення судової реформи у 1873 – 1875 рр., яка була логічним завершенням усіх судових реформ ХІХ ст. Зокрема, відбулося злиття загального права і права справедливості, а також об'єднання судів совісті та судів загального права в єдину судову систему (як наслідок судової реформи 1873–1875 рр.). Закони про судоустрій одночасно набули чинності з 1 листопада 1875 р. Їх основною метою було створення нового Верховного суду, якому було передано юрисдикцію всіх вищих судів загального

права і права справедливості. Верховний суд було розділено на дві частини: Високий суд і Апеляційний суд.

Юрисдикція, що була передана Високому суду, раніше здійснювалася трьома судами загального права: Судом казначейства, Судом загальних позовів, Судом королівської лави, а також Судом канцлера, Судом у справах спадкування, розлучення і у матримоніальних справах, Високим судом Адміралтейства. Високий суд був сформований із Канцлерського відділення зі справ про спадок, розлучення і з морських справ та Відділення королівської лави. Ці відділення не є окремими судами, вони мають однакову компетенцію. Суддя одного відділення може засідати як суддя іншого відділення. Якщо справу розпочато в одному відділенні, то її можна передати для розгляду в інше відділення [51, с. 11].

Що стосується Апеляційного суду, то він взяв на себе повноваження Суду казначейської палати, Апеляційного канцлерського суду і деяких інших судових інстанцій. Апеляційний суд, як і передбачалося спочатку, займався скаргами та рішеннями справ, які розглядали суди графств.

Судова реформа 1873–1875 рр. торкнулася і Палати лордів. Внаслідок цього у Закон про судоустрій 1873 р. було включено положення про анулювання судових повноважень Палати лордів. Однак, цю норму ніколи не було застосовано, оскільки її відмінили ще до набуття чинності даного закону. Причиною стало прийняття рішення про те, щоб ввести в Палату лордів як пожиттєвих її членів осіб, що мають юридичну освіту і отримують плату за участь у здійсненні судових функцій Палати.

Судовою реформою 1873–1875 рр. запроваджено норму про регулярну публікацію «Судових звітів», в яких перелічували прецеденти, що прийняті вищими судовими інстанціями [51, с. 12].

Вказані реформи, що сприяли реформуванню законодавства, зокрема очищенню його від архаїчних норм, та судові реформи 1873–1875 рр., спеціалісти в галузі порівняльного правознавства розцінюють як реформи ХІХ ст., що «не залишили в англійському праві традиційних норм» [200, с. 275]. Англійське право

розвивалося за допомогою судової практики. Законодавець лише відкрив судам нові можливості і дав їм нову орієнтацію, але сам не створював нового права.

Однією з ознак англо-американського типу права є те, що воно за своєю суттю є судейським правом. Це означає, що в основу загального права були покладені і залишаються там досі рішення королівських (вестмінстерських) судів – в Англії, рішення Верховного суду з питань конституційності чи неконституційності звичайних (поточних) законів – у США, вердикт вищих судових інстанцій з аналогічних питань у Канаді, Австралії та інших англomовних країнах [96, с. 140].

Право у Великобританії, США чи іншій країні наразі функціонує, традиційно створювалося і створюється суддями. Судові рішення з різних питань становлять основу загального права і в даний час [13, с. 305].

Колишній голова Верховного суду США Е. Уоррен стосовно судейського характеру загального права в цій країні зазначає: «Суд створює право. Правотворча діяльність суду творить право під час своєї основної судової діяльності. Він не замінює Конгрес і не має жодних намірів узурпувати владу Конгресу. Але ми (судді) створюємо право, інакше бути не може».

На думку деяких американських авторів, судейський характер загального права в США є навіть більш значущим, ніж в Англії чи інших країнах англо-американського права. Згідно з їхніми спостереженнями, «право, створене американськими суддями, відіграє в регулятивному і управлінських процесах суспільства більш важливу роль, ніж право, що створене англійськими суддями» [97, с. 306–307]. В даному випадку слід зазначити, що американське судейське право гнучкіше, ніж англійське (консервативне). Оскільки перше швидше пристосовується до реальності, соціологічності розвитку суспільства.

Судейський характер загального права відзначається фактично всіма дослідниками-компаративістами і самими суддями – практичними працівниками, що мають справу з різними інститутами загального права.

Без перебільшення можна сказати, що основа англосаксонської правової

сім'ї була закладена завдяки діяльності суддів. На всіх етапах історичного розвитку норми, створені суддями, вважаються основним джерелом в англосаксонській правовій сім'ї. Сьогодні суди у країнах загального права також не обмежуються лише застосуванням положень законодавства. Практично вони створюють право (судові прецеденти), коли вирішують спори, або звертаються до тлумачення законів [131, с. 112].

Незалежність судової влади розглядається як у процесі здійснення правосуддя, так і в аспектах внутрішнього життя, а також стосовно вирішення зовнішніх проблем.

Судова влада в Англії та в деяких інших країнах загального права проявляється в тому, що вона наділена прерогативою в процесі створення не лише матеріального права, а й судових процедур, що є важливою основою, складовою процесуального права. Суди наділені незаперечним правом (і одночасно конституційним обов'язком) здійснення правосуддя, згідно з традиціями і звичаями, які існують. Суди Англії наділені прерогативою повсякденного контролю за розглядом юридичних спорів, що виникають між різними суб'єктами правовідносин, – юридичними і фізичними особами. На суди загального права покладають доволі широкі і дієві за своїм характером повноваження, що дозволяє судовій владі впливати не лише на процес, а й на саме суспільство і державу – повноваження, пов'язані з тлумаченням законодавчих актів і вирішенням питань про їх конституційність [96, с. 151].

Суддівська незалежність при цьому розглядається і теоретиками, і практикаками не інакше як прояв одного з аспектів теорії, а разом з ним і практики поділу влади. Судова влада побудована так, що відсутній контроль як з боку законодавчої влади, так і з боку уряду. Такий характер передбачає не абсолютизацію судової влади, а наявність потужного судейського імунітету, який законодавчо закріплений, оскільки судовий орган виступає творцем права.

Також слід відзначити фактори, які сприяють підтриманню високого рівня самостійності судової влади та її органів у країнах загального права, укріпленню і



збереженню її незалежності. Добра репутація судової влади підтримується не лише правовими засобами, а й засобами моралі.

Характеризуючи правову систему Англії доцільно зазначити, що власне англійське право функціонує лише на території Англії і Уелльсу. В Шотландії діє своє шотландське право, яке відрізняється певними особливостями, наприклад, кодифікацією. Тому вважають, що в Шотландії існує специфічне шотландське право. Також певними особливостями відрізняється правова система Північної Ірландії [155, с. 79].

Другою особливістю англійського права (правової системи) є те, що правові прецеденти продовжують залишатися основним джерелом права. Тому доцільно розглядати правову систему Англії передусім з точки зору прецедентного права [155, с. 80].

Прецедентне право традиційно визначається як право, що складається із норм і принципів, які застосовувалися суддями в процесі винесення ними судових рішень [131, с. 112]. Прецедентне право як сума норм міститься у формі судових прецедентів, характеризується особливими властивостями: по-перше, це методи, якими користуються судді при створенні прецеденту, по-друге, це особлива правова культура, вимоги і принципи. Судові прецеденти поділяються на прецеденти загального права – ті, що об'єктивізують нові норми, сформульовані суддями, та інтерпретаційні прецеденти – ті, що тлумачать діюче право [91, с. 126].

Ця особливість правової системи підкріплюється поняттям «системи прецеденту», яке пов'язане з тим, що суддя зобов'язаний застосовувати правила, сформульовані в рішеннях суду, прийнятих раніше. Якщо факти, виявлені судом у справі, достатньо подібні до справ, які він уже розглядав, а також, якщо попереднє рішення прийняте вищим судом чи як виняток судом рівної інстанції, суд зобов'язаний дотримуватися попереднього судового рішення [155, с. 84].

Відомо, що прецедентна система призводить до того, що рішення вищих судів мають обов'язкову силу як для них самих, так і для судових інстанцій, що

діють нижче. Для права Англії це положення актуальне і сьогодні [155, с. 80].

Статутне право – це право, джерелом норм якого виступає не судова практика, а воля держави в особі її законодавчих органів (статутах) і актах делегованого законодавства [131, с. 112].

Статутне право – це частина англійського права, джерело норм якого є не судова практика, а політична воля держави в особі його законодавчих органів; це письмове право у формі офіційних документів законодавця. Статутне право Англії становить собою сукупність правових норм, що закріплені в особливій текстовій формі відповідних документів і видані легітимною владою. Норми статутного права включають акти законодавчих органів (статути) і акти делегованого законодавства (підзаконні відомчі нормативні акти), які приймають органи виконавчої влади, відповідно до встановлених порядком і в межах делегованих їм законодавцем повноважень [155, с. 85–86].

Останнім часом спостерігається тенденція до зближення прецедентного та статутного права за їх функціональним значенням [97]. Однак, англійські юристи вважають, що в цілому це лише тенденція, вона не веде до зміни типу права.

Також до особливостей англійського права треба віднести специфічний спосіб мислення англійського юриста. Основний домінант у мисленні англійського юриста – це аналіз судової процедури. Англійський юрист є спадкоємцем практиків і скептично ставиться до всього, що на практиці не можна застосувати. Увага англійських юристів століттями була сконцентрована на судовій процедурі і досить повільно переноситься на норми матеріального права. Основною категоріальною особливістю в системі англійського права є ідея права, ідея справедливості [41, с. 242].

Отже, правова система Англії характеризується специфікою, хоча генетично залежить від культурного феномену та прецедентного права, що традиційно вкоренилося в Англії.

Правова система Шотландії належить до найбільш змішаних. Шотландія знаходиться географічно близько до Англії, вплив якої постійно відчувався, але не

завжди був суттєвим [20, с. 16].

Шотландські юристи класифікують джерела права Шотландії, користуючись системою і термінологією англійської юриспруденції: прецеденти, юридичні трактати, що мають інституційне значення, і законодавство. Перші два джерела іноді називають загальним правом Шотландії. Що стосується прецедентного права Шотландії, то цей інститут остаточно закріпився в діяльності суду з XIX ст., який тут не відрізняється від англійської системи, хоча й має свої особливості. З цивільних справ рішення Палати лордів є обов'язковим для судів Шотландії, а з кримінальних – ні. Рішення інших шотландських і англійських судів не обов'язкові один для одного, хоча належать до категорії переконливого прецеденту, зокрема, мова йде про ті, що інтерпретують статuti Об'єднаного Королівства в тих сферах, де бажаною є однозначність (наприклад, у податковому праві). Публікація судових прецедентів (звітів) стала регулярною лише з середини XIX ст., коли почали видавати щорічні серії «Сесійних справ». Крім того, з рішеннями Палати лордів щодо шотландських апеляцій можна ознайомитися в серії «Всеанглійських судових звітів» [160, с. 346].

Законодавство Шотландії складається із законів, прийнятих парламентом Шотландії до 1707 р., а також із законів парламенту Великобританії, прийнятих з 1707 р. по 1800 р., та законів, виданих після 1801 р., коли після приєднання Північної Ірландії утворилось Об'єднане Королівство Великобританії і Північної Ірландії.

Акти парламенту Шотландії, видані до 1707 р., продовжують діяти і до сьогодні, їх періодично переглядають, відмінюють і перевидають. У 1948 р. було розпочато щорічну публікацію поточного законодавства, яка продовжується і до сьогодні. Також у Шотландії діє делеговане законодавство, і всі його акти публікуються в загальному зібранні підзаконних актів у вигляді щорічних видань.

Після вступу Великобританії в Європейське співтовариство шотландські юристи, як і англійські, визнають як джерела права акти, що видаються органами Європейського співтовариства [160, с. 347–348].

Отже, робимо висновок, що шотландська правова система відрізняється від англійської, частково копіює романо-германську, хоча зберегла свої національні особливості та звичаї, що склалися внаслідок самостійного історичного розвитку. Виходячи з цього, можна говорити про самостійність шотландської правової системи. Хоча в сучасний період вона все активніше розвивається в бік англійського загального права, тому логічно розглядати цю правову систему як змішану за наявності ознак континентального і загального права.

Правова система Ірландії входить у сім'ю англійського загального права. У Північній Ірландії, яка була відторгнута від Ірландії й досі залишається адміністративно-політичною частиною Об'єднаного Королівства, право дещо відрізняється від англійського. Суди Північної Ірландії як джерела права використовують не лише власне британське законодавство, а й акти парламенту Північної Ірландії, який був заснований у 1920 р., розпущений британською владою в 1972 р. і знову поновлений після приходу лейбористів до влади у 2000 р. Коло судових прецедентів, що розглядаються ними як джерела права, ширше, оскільки користуються й рішеннями ірландських судів до 1921 р. Що ж стосується рішень ірландських судів, то в Північній Ірландії вони мають силу лише переконливого, а не обов'язкового прецеденту. Після 1920 р. британський парламент видавав для Північної Ірландії закони, що копіюювали акти, прийняті ним для Англії і Уелльсу.

Правова система США значною мірою походить від англійського загального права, формувалася під впливом англійських традицій метрополії і в цілому має структуру аналогічну структурі загального права. Але правова система США за двохсотлітню історію запозичила ряд англійських правових інститутів, що зазнали суттєвих змін, оскільки процес формування загального права в Англії і США здійснювався за різними соціально-економічними принципами.

Внаслідок цього у США склалася нова правова система, специфіка якої визначається федеральним устроєм держави, наявністю конституцій – федеральної і окремих штатів, а також особливістю соціально-економічного і

політичного розвитку.

Доцільно розглянути правову систему США з точки зору особливостей, але в даному випадку слід порівнювати правову систему США з Англією:

1. Співвідношення загального права США й Англії у формі термінологічних характеристик.

Як зазначають дослідники права, США за своєю структурою належать до сім'ї загального права. У США і Англії – одна загальна концепція права та його ролі, в обох країнах існує в одному і тому ж плані поділ права, використовуються трактування норм права. Поняття «загальне право», «право справедливості», «довірча власність» є спільні для двох правових систем. Як для американського, так і для англійського юриста, право – це лише право судової практики [41, с. 276].

Особливістю правової системи США є те, що частина норм вироблена судовою практикою, а частина прийнята законодавцем, проте останні, з точки зору багатьох юристів, не вважаються «нормальним типом норм права». Їх визнають лише після того, як ці норми будуть витлумачені і застосовані судами неодноразово, коли можна буде посилатися уже не на вироблені законодавцем норми, а на судові рішення, які їх ужили. Якщо ж немає прецедентів, американський юрист охоче скаже, що «з цього питання право мовчить», навіть якщо існує очевидна норма закону з даного питання [41, с. 276].

Відтак, право загальне у США співпрацює з правом статутним, і це стало нормою для правової системи США, на відміну від правової системи Англії.

Також у термінологічному плані у США поняття «загальне право» (common law) може бути використано принаймні у трьох варіантах:

– по-перше, цим поняттям визначається право, що створюється судами на противагу законодавчим органам. Поряд з тим використовується ще низка термінів. Судова практика (case law) застосовується власне в даному сенсі; право «нормоустановчих рішень» (decisional law) охоплює правові норми, створені іншими органами, наприклад, адміністративними трибуналами. Термін «статутне

право» (statute law) застосовується стосовно нормативних актів законодавчих органів. Термін «законодавство» (legislation) зазвичай використовується в широкому сенсі, охоплює такі джерела права, як конституції, договори, адміністративні правила, і доволі часто служить синонімом статутного права;

– по-друге, поняття «загальне право» стосується сукупності правових норм, що застосовуються судами загального права, на противагу судам справедливості;

– по-третє, ці поняття стосуються Сполучених Штатів Америки як країни загального права, на противагу країнам романо-германського права (civil law), що історично походить від римських правових традицій [160, с. 359].

## 2. Розвиток американського права на двох рівнях (штатів і федерацій).

Ця особливість пов'язана з федеральною структурою США. Штати, що входять до складу США, наділені досить широкою автономною компетенцією, в межах якої вони створюють своє законодавство і свою систему прецедентного права. У зв'язку з цим можна стверджувати, що у США існує 51 система права – 50 штатів і одна федеральна [131, с. 172].

Як зазначає В. Бернхем у праці «Вступ до права та правової системи США», створення Конституції як загальнофедеративної, так і суб'єктів федерації, виникнення федеральної структури уряду пов'язане з політичною необхідністю, оскільки Конституція штату надає важливого значення штатам. Федералізм має два виміри. «Вертикальний» федералізм характеризує відносини між штатами і федеральним урядом, а «горизонтальний», або міжштатний, – між окремими штатами [15, с. 26].

Федеральні суди, як і суди штатів, мають повноваження створювати загальне право (common law). Термін common law означає законодавче правило, повністю створене судовим рішенням, або масою накопичених судових рішень, на відміну від звичайного законодавчого акта чи правила.

Суди, що послуговуються «загальним правом», сприймаються як виконавці «законодавчої функції», оскільки вони створюють окремі поправки до закону, які керуватимуть поведінкою людей у майбутньому.

Той факт, що суди виконують законодавчу функцію, не є проблемою у системі судів загального права. Федеральні суди відрізняються від судів штату, зокрема тим, що у їхньому повноваженні – створювати загальне право, принципи поділу влади й надання всіх «законодавчих повноважень» Конгресу [15, с. 36].

Суди кожного штату здійснюють свою юрисдикцію незалежно один від одного. Тому існують випадки, коли суди різних штатів приймають в аналогічних справах не схожі, а іноді зовсім протилежні рішення. Розбіжності у право країни вносить також законодавство штатів, яке у багатьох аспектах є різним [131, с. 173].

Між правом різних штатів багато розбіжностей, інколи навіть значних, які пов'язані із законодавчими рішеннями, але бувають такі, що є наслідком тлумачення норм загального права. Судова система і організація управління змінюються від штату до штату. Поруч з відмінностями у кримінальному та цивільному процесі існують різноманітні умови і підстави розлучення в різних штатах. В одних штатах встановлено режим спільності майна подружжя, в інших – роздільний режим. Також не збігаються норми права товариств і фіскальне право. Від штату до штату змінюється перелік покарань, передбачених кримінальним законом, проте видання Restatement of the law свідчить, що в 95–98% рішення судів різних штатів співпадають [41, с. 282–284].

3. Велика кількість законодавчих актів США, порівняно зі статутним правом Англії.

Як зазначають дослідники, це пов'язано передусім з наявністю писаної Конституції США та Конституцій штатів. Штатам надано досить широкі законодавчі повноваження, і вони активно користуються ними. Звідси значний за обсягом масив законодавства на рівні окремих американських штатів [131, с. 173].

Це зумовлено ієрархією джерел законотворчості, що побудована за принципом верховенства положень Конституції, куди входять: а) федеральна Конституція; б) федеральні законодавчі акти, договори та правила судового розгляду; в) федеральні адміністративні положення; г) федеральне загальне право;

д) конституції штатів; е) законодавчі акти штатів та правила судового розгляду; ж) адміністративні положення штатів; з) загальне право штатів. Вказані рівні такої ієрархії включають не лише закон, встановлений відповідними законодавчими органами, а й законотворчість, прийняту на основі прецедентних судових рішень [15, с. 45].

Згадані види нормативно-правових актів (законів та підзаконних актів) відсутні в правовій системі Англії, оскільки в США вони зумовлені федеральним устроєм та дуалізмом прецеденту і законодавства.

Відмітимо також наявність у статутному праві США значної кількості кодексів (фактично у більшості) штатів, що не характерно для англійського права.

Зародження спроб кодифікації відбулося ще у 1811 р. Вперше це зробив Джеремі Бентам, який звернувся до президента Медісона (Jeremy Madison) з пропозицією кодифікувати право у США. Його пропозицію було відхилено. Наступні спроби мали місце у другій половині XIX ст. Зокрема, Давид Дудлі Флід у 1847 р. переконав законодавців Нью-Йорка створити комісію з кодифікації права. У 1865 р. комісія подала проекти п'яти кодексів: цивільна процедура, кримінальна процедура, покарання, цивільний та політичний кодекси. Проте Нью-Йорк ввів лише кодекси цивільної та кримінальної процедури.

Прийняття кодексів сприймалося через призму того, що судовий прецедент є важким для сприйняття та розуміння. В цей період було прийнято кодекс Філда, що мав більший успіх на Заході Сполучених Штатів Америки, де ставлення поселенців до права створило умови для його прийняття. Спрацювали простота і доступність кодексу. Західні штати (Каліфорнія, Північна Дакота, Айдахо та Монтана) прийняли саме цей варіант кодексу і дотримуються його до сьогодні. Проте надії, що ці кодекси будуть схожими на європейські, не справдилися. Законодавці ставляться до них як прихильники загального права до законодавчих актів – тобто як до заявлених правил, а не як до нормативних положень, що містять принципи правотворчості [15, с. 57–58].

У XX ст. у США все активніше почали видавати кодекси. У деяких штатах



діють цивільні кодекси, у 25 – штатах цивільно-процесуальні, у всіх штатах – кримінальні кодекси, в кількох – кримінально-процесуальні кодекси. Як зазначають дослідники, кодекси – це, швидше, результат консолідації [91, с. 125].

Як зазначає дослідник кодифікації Ремі Кабріяк у праці «Кодифікація», кодекс у США означає компіляцію формальних джерел права, що врегульовує відповідні сфери і побудований в алфавітному порядку. Таким чином федеральне законодавство обґрунтоване в офіційній компіляції, яка називається Кодексом Сполучених Штатів.

Існують у США і приватні кодифікації, засновані у 1920 р. З того часу вони постійно перевидуються. Йдеться про неофіційні систематичні компіляції *common law* стосовно визначеної галузі регулювання, що здійснюється під егідою Інституту американського права (*American law institute*), створеного в 1923 р. – недержавної організації, яка об'єднала сотні професорів права і юристів-практиків. Перша серія *Restatements*, робота, над якою працювали близько 20-ти років (з 1923 по 1940 рр.), являла собою синтез основних принципів, які застосовувалися у таких сферах: договірному праві, цивільно-правовій відповідальності, представництві, забезпеченні зобов'язань.

Починаючи з 1950 р., друга серія *Restatements* додає до них більш розширені коментарі, що йдуть за кожним уже сформульованим принципом.

Видання третьої серії *Restatements*, присвячене міжнародному праву, розпочалося з 1987 р.

У 1992 р. з'явилася ще одна компіляція принципів, що регулює інститут довірчої власності (у своєрідному англо-американському інституті ці категорії по-іншому називаються – трасти) (*Trust Restatements*).

Одночасно з цими двома формами американської кодифікації національна конференція уповноважених з уніфікації правових актів штатів, за сприяння Інституту американського права, висунула ідею створення певних типових для всіх штатів законодавчих актів у різних галузях права. Найбільш відомим втіленням цього проекту став Єдиноманітний (або – Узгоджений) торговий

кодекс (uniform commercial code), розроблений під керівництвом професора Карла Ливелліна (представника школи правового реалізму), який був прийнятий різними штатами США в період між липнем 1953 р. і липнем 1966 р. В такому ж напрямку були витримані прийняті пізніше Єдиноманітний (Узгоджений) кодекс споживчого кредиту (uniform consumer credit code), Єдиноманітний (Узгоджений) спадковий кодекс (uniform probate code) [60, с. 83–85].

#### 4. Відмінність права справедливості США.

У США доволі оригінальне поширення права справедливості. Суди справедливості включили до сфери своєї діяльності ті питання, які в Англії стосувались церковної юрисдикції. Компетенція справедливості, на думку американців, необхідна в тих випадках, коли загальне право не надає жодних засобів для вирішення питання.

Право справедливості – це сукупність норм, які конкретизують та доповнюють загальне право. Право справедливості не усуває загального права, лише підтримує його [91, с. 128].

#### 5. Своєрідність юридичної термінології.

Юридична термінологія в одних випадках свідчить про розбіжності двох правових систем, а в інших, – навпаки, маскує ці розбіжності. Одна й та ж концепція може бути виражена різними термінами, в той же час один й той самий термін може мати різне значення в Англії і Америці.

Іноземний юрист повинен це знати і не користуватися англійським правовим словником при вивченні тих чи інших питань американського права. При вивченні права США користуються головним чином словниками Блека і Беллінтайна [42, с. 287]. Наприклад, власне американськими є терміни substantive due process, void for vagueness class action, substantive unconsionability, procedural unconsionability [115, с. 38], що в перекладі означають – матеріальна, незмінна правова процедура; нечинний внаслідок невизначеності, груповий позов; матеріальна несправедливість правочину; процесуальна несправедливість правочину.

## 6. Застосування і активне застосування права судового нагляду.

Аналіз основних положень Конституції 1789 р. свідчить, що конституційність, «контроль і збалансованість» певною мірою забезпечують перевірку судової гілки влади законодавчою і виконавчою гілками в основному шляхом підбору суддів і здійснення контролю за юрисдикцією федерального суду.

Слід зауважити, що в тексті Конституції немає прямих положень про те, що судова гілка влади повинна контролювати законодавчу і виконавчу. У 1803 р. під час розгляду справи Марбері проти Медісона було встановлено, що право судового нагляду (право Верховного суду США перевіряти конституційність законів та дій інших двох гілок влади) притаманне Конституції. В цій справі Верховний суд в особі головного судді Джона Маршалла зазначив, що Конституція є верховним законом і його потрібно дотримуватися. Якщо в певній справі можна керуватися і законодавством, і Конституцією, то суд, зважаючи на верховенство Конституції, повинен застосовувати конституційні положення і не брати до уваги положення закону, що суперечить Конституції [15, с. 19].

Поняття «джерела права», яке використовується в системі англосаксонського права, значною мірою збігається з аналогічними поняттями, що застосовуються в інших правових сім'ях, а саме в романо-германській.

У найбільш розгорнутому вигляді, загальному плані «джерело права» розглядається як «один із шляхів», засобів чи способів формування тієї чи іншої правової сім'ї, національної правової системи, які визнаються й використовуються у судах [95, с. 560].

Зокрема, в англо-американській правовій сім'ї цим терміном можуть, позначатися:

а) літературне джерело – «офіційний документ», акт «record», що містить у собі норми права. Наприклад, в Англії – це судові звіти (law records) і статути;

б) формальне джерело – орган влади, що приймає правове рішення, наприклад, парламент, уряд, суд [155, с. 128].

в) джерелом права іноді виступають різні явища, інститути й установи, які створюють умови і тим самим стимулюють процес формування права, хоча самі безпосередньої участі в цьому процесі не беруть. Наприклад, Церква.

г) історичне джерело права – фактори, умови, звідки історично походить та чи інша норма права (наприклад, загальне право і право справедливості, звіти Правової комісії) [95, с. 560].

г) юридичне джерело – конкретні процедури, форми та процеси, за допомогою яких право набуває чинності (законодавчий процес, судова практика, процес формування звичаю тощо) [95].

Також зазначається, що поняття «джерела права» – це та основа, що використовується для класифікації правових норм.

Відповідно до загальноприйнятого підходу норми права можна класифікувати:

а) залежно від предмета, який вони регулюють, а також юридичних наслідків розгляду спору в суді;

б) залежно від джерел їх виникнення [155, с. 128].

Усі джерела можуть бути поділені на обов'язкові та необов'язкові:

1. Обов'язкові джерела права – це ті, що мають примусову (або обов'язкову) силу. Обов'язкові джерела права поділяються на основні та додаткові.

Основними джерелами є первинні, чинність кожного з яких не впливає з інших джерел. В історії права до основних (первинних) джерел сім'ї англосаксонського права належать, насамперед, законодавство (статути та делеговане законодавство) і судовий прецедент. Для сучасного англійського права основним джерелом є також документи Європейського Союзу [131, с. 141].

Як зазначає М.М. Марченко, важливу роль у формуванні джерел права в Англії відіграє співпраця з країнами Британської Співдружності та Європейського Економічного Співтовариства [95, с. 564].

Додатковими джерелами права вважаються правові звичаї, авторитетні публікації в галузі права, що витримали перевірку часом (давня доктрина, розум,

канонічне право, римське право, судові звіти, матеріали Правової комісії).

Прикладом необов'язкових джерел є законодавство інших країн – *obiter dictum* [131, с. 141].

Предметом нашого подальшого розгляду будуть такі джерела права: прецедент (його доктрина, структура, ознаки, принципи, методи Вембо і Гудхарта), закон (статут), делеговане законодавство, звичай (правовий), правова доктрина, розум, канонічне право (право Римської католицької церкви), римське право.

В оксфордському словнику поняття «прецедент» визначається як «приклад чи справа, що може бути взірцем чи правилом для наступних справ, за допомогою якого може бути підтверджено чи пояснено будь-який аналогічний акт чи обставини» [75, с. 7].

В юридичному енциклопедичному словнику прецедент (від лат. *praecedens, praecedentis* – той, що передує) – це поведінка в конкретній ситуації, яка розглядається як взірець за аналогічних обставин [203, с. 296].

Судовий прецедент як джерело права вперше з'явився саме в англійській правовій сім'ї. Вирішальна роль прецеденту у створенні та функціонуванні права відрізняє систему загального права від континентального та інших правових систем.

Історично склалося так, що в середньовічних Англії та Уельсі загальне єдине право було сформоване через діяльність судів [8, с. 148]. Іншими словами, одного разу винесені рішення є обов'язковими (обов'язковою нормою) для всіх наступних аналогічних справ. Це загальне правило потребує деталізації, оскільки ступінь обов'язковості прецедентів залежить від місця в судовій ієрархії суду, що розглядає дану справу, і суду, чиє рішення може стати при цьому прецедентом [19, с. 338].

Судовий прецедент є основним джерелом англійського права. На даний момент в Англії налічується близько 800 тисяч судових прецедентів, і щороку з'являються близько 20 тисяч нових, що складають 300 збірників з внутрішнього і

європейського права [116, с. 338].

Як зазначає в доктрині правового прецеденту англійський дослідник Руперт Кросс, основний принцип, якого повинні дотримуватися при здійсненні правосуддя, полягає в тому, що подібні справи вирішуються подібним (схожим) чином.

Фактично немає жодного суду, де суддя не був би схильним вирішувати справу так, як це зробив інший суддя. Майже завжди судовий прецедент тією чи іншою мірою наділений переконливою силою, оскільки *stare decisis* (вирішувати так, як було вирішено раніше) – правило повсякденного застосування. В Англії доктрина прецеденту відрізняється власне примусовим характером. Є випадки, коли англійські суди зобов'язані дотримуватись попереднього рішення, навіть, якщо є досить переконливі докази, які б за інших обставин не дозволили цього робити [75, с. 25].

Слід зазначити, що відверто примусовий характер доктрини англійського прецедентного права обумовлений у судовій практиці так званими «проявами застосування прецеденту», мета яких – реалізація більш важливих положень про те, що англійське право засноване на прецеденті.

Прецедентне право складається із норм та принципів, створених і застосовуваних суддями в процесі винесення ними рішень. В системі, заснованій на прецедентному праві, суддя при розгляді останньої за часом справи зобов'язаний брати до уваги ці норми і принципи, в той час, як в інших правових системах вони є лише матеріалом для винесення власного рішення. Те, що англійське право значною мірою є правом прецедентним, означає, що рішення англійського судді з будь-якої конкретної справи створює прецедент [75, с. 26].

Загальна доктрина правового прецеденту як обов'язкового джерела англійського права виникла лише в другій половині XIX ст. Це пояснюється насамперед тим, що тривалий час у правовій свідомості англійського суспільства панувала декларативна теорія права, яка, визначаючи об'єктивним джерелом права звичаї і традиції країни, не дозволяла, щоб судовий прецедент належав до

джерел права. Згідно з декларативною теорією, судові рішення розглядалося лише як переконливе свідчення, що підтверджує наявність норм права в тому вигляді, в якому вони були сформовані в рішенні у даній справі, але не як обов'язковий прецедент, тобто джерело права [155, с. 159].

Як зазначає А. К. Романов, діюча сьогодні система обов'язкового прецеденту в її сучасному вигляді сформувалась під впливом двох важливих факторів.

По-перше – це утворення з ініціативи судових іннів (школи – гільдії в Англії) Лондона в 1865 р. Спеціальної Ради і Правового Товариства. Ці установи повинні були публікувати рішення вищих судових інстанцій за умови обов'язкового професійного контролю кожного випуску. До цього такі публікації здійснювалися в приватному порядку. Деякі видання гарантували точну інформацію, а на інші покласти було неможливо. Багато судових рішень залишалися не виконаними.

По-друге – це створення єдиної централізованої системи судів, яка була запроваджена законами про судоустрій, що були прийняті в період з 1873-го по 1878 рр.

Дія прецедентного права була б неможливою, якщо б англійські суди не входили до єдиної системи, і не перебували б у визначеному ієрархічному підпорядкуванні [155, с. 160–166].

Як зазначає Руперт Кросс, правила застосування прецеденту залежать від практики судів, а вона доволі мінлива. Як вказує доктор Гудхард, «англійська доктрина прецеденту суворіше застосовується сьогодні, ніж раніше». В сучасний період англійська доктрина прецеденту перебуває у стані майже безперервної зміни і зберігає такі риси:

- а) повага до окремо взятого попереднього рішення одного із вищих судів;
- б) визнання того, що рішення такого суду є переконливим прецедентом для судів, що стоять вище за ієрархією;
- в) окреме рішення розглядається завжди як обов'язковий прецедент для

нижче стоячих судів [75, с. 27].

Зупинимося на судовому прецеденті. В найбільш широкому сенсі прецедентом вважається те, що було в тій чи іншій ситуації раніше і що сприймається як приклад, що підказує, як слід чинити в подібній ситуації.

Якщо прецедент торкається судових рішень, то він розглядається як судовий прецедент. Таким чином, судовий прецедент – це рішення суду з конкретної справи, що підказує іншим суддям, яке рішення слід приймати, вирішуючи аналогічні справи у майбутньому. Норми права, які своїм походженням зобов'язані судовим рішенням в англійському праві, належать до прецедентного права (*case law*). У даному випадку прецедент означає не що інше, як судову справу, процесуальне провадження, яке може (цивільна чи кримінальна справа) завершитися судом чи розглядом тієї чи іншої справи безпосередньо в судовому засіданні. Тому, в принципі, рішення судів розглядається як прецедентне право [155, с. 162].

Рене Давід у книзі «Основні правові системи сучасності» дав таке визначення судового прецеденту: «Судовий прецедент – це рішення з конкретної справи, що є обов'язковим для суддів тієї чи іншої інстанції при вирішенні аналогічних справ» [42, с. 301].

Слід зазначити, що доктрина прецеденту ґрунтується на принципі *stare decisis* (стояти на вирішеному), який походить від латинської фрази «*stare decisis et non quicquid monere*», що означає «дотримуватися прецедентів і не порушувати вже встановлених» [131, с. 143].

Доцільно зупинитись на структурі судового прецеденту. Будь-який прецедент складається з двох частин: *ratio decidendi* та *obiter dictum*.

Як уже зазначалось вище, кожен суд в Англії зобов'язаний дотримуватись рішення вищестоящего суду, а апеляційні суди (крім Палати лордів) пов'язані своїми попередніми рішеннями. Але якщо бути більш точним, то, з точки зору англійської доктрини прецеденту, не рішення є обов'язковим, а норма права, викладена в рішенні. Єдиною частиною попереднього рішення, якої необхідно



дотримуватись, є *ratio decidendi* (суть рішення) [51, с. 13].

*Ratio decidendi* (з лат. – підстава для вирішення) – це та частина рішення суду, де є норми права, на основі яких було вирішено справу. *Ratio decidendi* міститься в мотивуючій частині і є стандартом, поясненням, чому саме так, а не інакше, було вирішено конкретну справу. Для обґрунтування цього принципу судді, ухвалюючи рішення у конкретній справі, застосовують норми законодавства, попередні прецеденти та міркування (мотивацію) суддів, цитати з авторитетних доктринальних джерел, посилання на іноземні прецеденти чи законодавство [131, с. 146].

Як зазначає С. К. Загайнова у праці «Судовий прецедент, проблеми застосування», щоб краще зрозуміти, що таке *ratio decidendi*, необхідно розглянути типову структуру мотивованого судового рішення. Кожне рішення англійського суду складається із таких основних частин:

1. Встановлення суттєвих фактів справи, прямих і процесуальних. Процесуальним встановленням фактів є висновки судді, які базуються на основних прямих чи безпосередньо сприйнятих фактах.

2. Викладення правових принципів, що застосовуються до правових питань, які виникають з конкретних обставин.

3. Висновки, засновані на поєднанні двох перших дій.

Сучасний англійський суддя майже завжди самостійно обґрунтовує своє рішення цивільної справи, коли розглядає справу одноособово, без присяжних. Він, зазвичай, сумує докази, викладає свою думку з приводу спірних фактів, розглядає представлені сторонами аргументи; коли виникає правовий спір, він завжди обговорює декілька прецедентів. Якщо ж цивільна справа розглядається за участі присяжних (що відбувається в наш час дуже рідко), то суддя звертається до присяжних, розглядає обставини справи і виносить рішення на основі їхніх висновків [51, с. 13–14].

Кожен суддя, виносячи мотивуюче рішення, розглядає обставини справи, аргументи сторін, обговорює відповідні питання права. Для самих сторін і

зацікавлених осіб власне третій елемент судового рішення, висновки суду щодо заявленої вимоги, є основною частиною рішення, оскільки встановлює їхні права і обов'язки стосовно позову. Саме висновки суду дають сторонам можливість запобігти повторному розгляду справи. Однак, з точки зору доктрини прецеденту, найголовнішим елементом у рішенні є викладення правових принципів, які застосовуються до правових питань, що впливають із конкретних обставин справи. Це і є *ratio decidendi*, власне правова аргументація, що утворює прецедент [51, с. 14–15].

Судове рішення може складатися тільки із висновків щодо встановлених обставин справи, що не суперечать вимогам права; або ж приймати форму настанови судді присяжним на підставі доказів і вказівок з питань права, викладаючи кінцеве рішення правового питання таким чином, щоб у ньому відтворювались тільки найнеобхідніші обставини справи; чи супроводжуватися посиланням на низку норм права та прецедентів; в апеляційних судах – викладати думку, що містить різноманітні докази, які зводяться до одного і того ж висновку [75, с. 64–65].

Пошук *ratio decidendi* – головна особливість судового процесу Англії, Шотландії та інших країн, правові системи яких сформувалися на основі англійської. Основне завдання юриста, що аналізує рішення суду, полягає в тому, щоб виокремити в ньому ту частину, в якій формується підстава для вирішення справи. Можна сказати, що пошук *ratio decidendi* є основною особливістю процесу в англо-американській правовій сім'ї [131, с. 147].

Найпоширенішими методами пошуку *ratio decidendi* є метод Вембо та метод Гудхарта.

Метод Вембо. Виходить з положення, що *ratio decidendi* – це загальне правило, без якого будь-яка справа була би вирішена по-іншому. Вембо запропонував свій відомий метод інверсії для визначення того, яке із даних положень є *ratio*. Суть цього методу полягає в тому, що спочатку суддя повинен детально сформулювати правовий стан, який він пропонує.

Потім замінити дане положення реверсним (на протигагу правовому) значенням. Постаратися зрозуміти, чи може суд прийняти нове положення, винести таке ж рішення. Якщо відповідь буде позитивною, яким би не був чудовим первісний правовий стан – справа не буде прецедентом, а за негативної відповіді – буде. Коли прецедент належить лише до одного питання права, *ratio decidendi* повинно бути загальною нормою, без якого справа вирішувалась би по-іншому [51, с. 20–21].

Якщо підсумувати загалом, то, згідно з методом Вембо, суддя має спочатку знайти в рішенні ті правові положення, які можуть вважатися *ratio decidendi*, а потім надати їм іншого значення. Якщо після цього остаточний висновок рішення не зміниться, то перед суддею – *obiter dictum*, якщо зміниться, – *ratio decidendi*.

Тобто, як зазначає Руперт Кросс, правовий стан, що не є за методом Вембо *ratio decidendi*, буде вважатися *dictum* [75, с. 68].

Отже, за методом Вембо, *ratio decidendi* є тим правовим станом, який, як стверджує суд, необхідний для прийняття рішення. Але на практиці визначити, який правовий стан суд вважає необхідним для свого рішення, дуже складно. В цьому полягає негативний момент даного методу. Цінність його в тому, що він дає можливість зрозуміти, яке положення не є *ratio*.

Визначення *ratio decidendi* згідно з методом доктора Гудхарта.

Згідно з думкою доктора Гудхарта, *ratio decidendi* визначається за допомогою оцінки фактів, які суддя вважає суттєвими. Принцип повинен бути виведений з судового рішення, заснованого на даних фактах. Будь-який суд, пов'язаний з прецедентом, повинен дійти аналогічного висновку, якщо лише в справі, яку він розглядає, не з'явиться новий суттєвий факт або якийсь із суттєвих фактів попередньої справи в новій справі відсутній.

Подібний метод визначення *ratio decidendi* шляхом звернення уваги на факти, що розглядаються суддею, має більше значення, ніж метод Вембо, оскільки він більш пристосований до того, щоб визначити, що є *ratio decidendi* [75, с. 79].

Позицію доктора Гудхарта сформульовано у шести основних положеннях, що викладені в його праці «Визначення ratio decidendi прецеденту». Доктор Гудхарт частіше використовує термін «принцип прецеденту», ніж ratio decidendi, але не сумнівається, що ці два терміни є синонімами:

1. Принцип прецеденту не шукають у викладених суддею доказах. Гудхарт вважає, що доказ, який суддя висуває, щоб обґрунтувати своє рішення, в жодному разі не є обов'язковою частиною прецеденту. Докази можуть бути неправильними, але рішення залишається прецедентом.

2. Принцип прецеденту не шукають у правовій нормі, сформульованій у викладеному суддею рішенні, тому що норма права не може бути окремою думкою, сформульованою дуже широко, або дуже вузько. В апеляційних судах судді викладають норми права, що не залежать одні від одних. Однак, у кожній із розглядуваних справ існує принцип, який може бути розкритий за відповідного аналізу.

3. Принцип прецеденту не обов'язково шукати, безпосередньо розглядаючи усі встановлені факти і судові рішення. Не можна вдаватися до допомоги висловлених суддями думок для пошуку правоположення, що відіграє роль прецеденту.

4. У пошуку принципу прецеденту беруть до уваги, по-перше, факти, які суддя вважає суттєвими, по-друге – засновані на них рішення судді.

Обговорюючи ratio decidendi прецеденту, необхідно представляти собі факти такими, якими їх бачить суддя. Чи тими фактами він обґрунтовує своє рішення? Основне завдання аналізу прецеденту полягає в тому, щоб встановити будь-які факти, які суддя вважав суттєвими, і те, якого висновку він дійшов на основі цих фактів. Власне відбором суттєвих фактів, на думку доктора Гудхарта, суддя створює право.

Процес встановлення ratio decidendi, згідно з методом Гудхарта, полягає в необхідності встановлення фактів, які суддя вважає суттєвими чи, як йшлося вище, суддя при цьому створює право. Як приклад Гудхарт наводить справу

Rylands v. Fletcher (1868 p.). За обставинами даної справи відповідач найняв інженера для встановлення водоймища на своїй ділянці. Через необережність інженера вода затопила землю позивача.

Гудхарт так проаналізував цю справу:

факт 1 – встановив водоймище на своїй землі.

факт 2 – підрядник під час будівельних робіт допустив неточність (халатність).

факт 3 – вода витекла і завдала шкоди позивачу.

Суд встановив такі суттєві факти:

факт 1 – відповідач встановив водоймище на своїй землі.

факт 3 – вода витекла і завдала шкоди позивачу.

Висновок: відповідач несе відповідальність перед позивачем. За допомогою ігнорування факту 2 була створена доктрина «безумовної відповідальності».

5. Судді можуть трактувати, прямо чи дотично, визначені факти як суттєві чи несуттєві. Несуттєвими можуть бути факти, що стосуються, часу, місця, суми. Але різноманітні судові звіти, аргументи адвокатів, докази, що висунуті суддею для обґрунтування своєї думки, формування норми права, якої суддя дотримується у рішенні, дуже важливі, оскільки ними можна керуватись при визначенні суттєвих фактів.

6. Висновок, що базується на гіпотетичному (передбаченому) факті – це діктум (dictum).

Доктор Гудхарт спробував дати пояснення даному методу, якого, на його думку, дотримуються англійські судді, що збираються визначити ratio decidendi спірного прецеденту. Незважаючи на деякі недоліки, його метод має велике практичне значення [75, с. 80–84].

На практиці велику підтримку отримало визначення ratio decidendi прецеденту як норми права, що прямо чи дотично трактується суддею як необхідний крок у досягненні свого рішення чи як обов'язкова частина його вказівок присяжним, що сформульована Р. Кроссом [75, с. 90].

Отже, при вирішенні конкретних справ судді зобов'язані дотримуватись прецеденту, що міститься в попередніх справах, якщо вони будуть аналогічними.

Коли говорять, що «суд зобов'язаний дотримуватись прецеденту» чи «суд пов'язаний з рішенням», то в даному контексті під «прецедентом» і «рішенням» розуміють *ratio decidendi*. Зазвичай, коли англійці кажуть, що суд зобов'язаний дотримуватись прецеденту або, що він пов'язаний з рішенням, мається на увазі зобов'язання судді застосовувати конкретне *ratio decidendi* до фактів справи, які він розглядає, за відсутності юридичних розбіжностей між даними фактами і фактами, до яких застосовується *ratio decidendi* в попередній справі.

Доктрина прецеденту, правила його застосування засновані на принципі, який називається *stare decisis* і згідно загального тлумачення даного принципу слід дотримуватися *ratio decidendi* прецеденту.

Традиційний погляд на функції англійського судді полягає в тому, що суддя не створює право, а вирішує справу відповідно з існуючими (в законі чи раніше вирішеній справі) правовими нормами. Це стало основою доктрини обов'язкового прецеденту. Її суть можна визначити таким чином: суддя не просто звертається до раніше винесених рішень, керуючись ними у справі, а зобов'язаний застосовувати правові норми, сформульовані в рішеннях.

Дія доктрини прецеденту залежить від ієрархії судів. Кожен суд пов'язаний з рішенням вище стоячого суду та, як правило, з рішенням суду рівної юрисдикції. Це суть доктрини прецеденту.

Якщо суддя не буде дотримуватися даного принципу, не застосовуватиме прецеденти, на які він зобов'язаний посилатися у зв'язку із багатьма рішеннями інших судів, його можуть звільнити із займаної посади. Втім судді дотримуються принципу *stare decisis* не під тиском доволі рішучих санкцій, а для того, щоб судова практика досягла одноманітності.

Тепер слід зупинитись на *obiter dictum* (як додатковому структурному елементі правового прецеденту).

Як зазначає В. Бернхем у праці «Вступ до права та правової системи США»,

obiter dictum має додатковий, але не обов'язковий характер і тому не має обов'язкової прецедентної цінності для майбутніх справ. Ця частина рішення суду у справі покликана допомогти суддям у майбутньому, проте вони не зобов'язані дотримуватись висловлювань, що містяться в ній.

Практика вимагає, щоб фахівці звертали увагу на obiter dictum. Більшість юристів так і роблять, намагаючись передбачити, як суд поводитиметься в майбутньому з усією інформацією, яка може виявитися корисною, у тому числі, з obiter dictum.

Obiter dictum – це правоположення, що не входять до складу ratio decidendi [51, с. 91].

Судові рішення, що стосуються obiter dicta, бувають трьох видів:

Перший вид – це рішення, що приймається судом стосовно відсутніх у даній справі фактів та реальних обставин, що не мають прямого стосунку до справи. Наприклад, у справі *Rondel v. Worsley* (1969 р.) Палата лордів висловила думку, що барістер (адвокат вищого рангу) може відповідати за завдання шкоди клієнту через необережність, але лише тоді, якщо він не є захисником у справі свого клієнта, і що солісітор (адвокат нижчого рангу), який є захисником, може бути визнаний як такий, що наділений імунітетом від звинувачення в необережності. Оскільки ця справа стосувалась барристера, який виступив як захисник, така думка суду має значення obiter dicta, бо у даній частині воно виходить за межі конкретних обставин справи [155, с. 168].

Другий вид obiter dicta – це твердження суду, які хоч і засновані на доведених у справах фактах, але не були використані ним при обґрунтуванні рішень. Наприклад, у справі *Helley Byrne and Go Ltd v. Heller and Partners* (1964 р.) Палата лордів висловилася про те, що банки, які дають поради своїм клієнтам, зобов'язані виявляти про них турботу, і що банк повинен відповідати у випадках, коли виявляє недбалість, надаючи рекомендації.

У цій справі було встановлено факт недбалості банку при наданні рекомендації своєму клієнтові. Проте твердження про відповідальність банку не

було використане в рішенні суду, оскільки у справі існувала відмова клієнта від позову. Тому виявилось, що рішення суду в даній частині до справи стосунку не має, і банк за це не відповідає.

Третій вид – думка суддів, які залишилися у цій справі у меншості, хоч і ґрунтується на достовірних фактах, але не береться до уваги при її вирішенні [155, с. 149].

Традиційно вважається, що дія судового прецеденту є необмеженою. І якщо він стосується розглянутих судом питань, то залишається джерелом права, не зважаючи на те, скільки часу минуло з моменту його виникнення [131, с. 149].

Компонентами судового рішення є: 1) постановляюча частина; 2) визначаюча частина; 3) власне рішення.

У постановляючій частині викладені рішення за фактом справи на основі прямих і додаткових доказів. Додатковими вважаються докази, які суд і присяжні визначають із прямих доказів і фактів. Наприклад, доведений факт руху машини з визначеною швидкістю в конкретному напрямку може бути додатковим підтвердженням необережності водія.

У визначаючій частині містяться правові принципи, відповідно до яких слід вирішувати правову проблему, що стосується конкретних фактів справи.

Юристи, крім цього, також зацікавлені в тому, щоб суд сформулював принципові положення права, оскільки положення утворюють *ratio decidendi* судового рішення з конкретної справи [116, с. 167–168].

Крістофер Осакве дає схематичну структуру судового рішення США / Англії [116, с. 49]:

Імена сторін у справі;

Факти даної справи;

Вимоги позивача і репліки відповідача;

Імена адвокатів (позивача і відповідача у справі);

Історія справи (рішення нижче стоячих судів з даної справи, якщо воно є);

Рішення суду;



Структура судового рішення (США / Англії);

Склад суду;

Юридичні питання перед судом (наприклад, чи має місце порушення договору? Яка відповідальність сторін? Чи існують підстави для підвищення чи зниження відповідальності?);

Юридичне обґрунтування рішення суду (принципи права);

Автор думки більшості (так званій автор рішення суду);

Автор особливих чи узгоджених думок;

Висновок суду за фактичними обставинами даної справи (findings of material facts);

Юридичне обґрунтування рішення більшості суддів *ratio decidendi* і є основним для створення судового прецеденту (*stare decisis*);

Юридичне обґрунтування особливої думки окремого судді чи меншості суддів (*obiter dictum*).

Слід зазначити, що принцип *stare decisis* розкриває дві суттєві вимоги переконливості та підпорядкованості, на яких ґрунтуються судові рішення. Дані вимоги, виходячи з їх загального характеру, також називаються принципами [15, с. 69].

Принципи є основою *stare decisis*, іншими словами, одного разу винесене рішення є обов'язковою нормою для всіх аналогічних справ. Це загальне правило потребує деталізації, оскільки ступінь обов'язковості прецедентів залежить від місця судової ієрархії суду, що розглядає дану справу, і суду, чиє рішення може стати при цьому прецедентом [13, с. 338].

Доцільно розглянути принципи підпорядкованості та переконливості за В. Бернхемом:

Принцип підпорядкованості означає, що суд повинен дотримуватися правила, встановленого під час розгляду попередньої справи.

Руперт Кросс визначає даний принцип, що діє по вертикалі, як обов'язок суддів дотримуватись рішень відповідних вищих суддів (тому цю форму іноді

називають вертикальним *stare decisis*). Зокрема, рішення англійської Палати лордів (це вищий суд в Англії) є обов'язковим для всіх нижчих судів. Рішення Апеляційного суду (касаційна судова інстанція) є обов'язковим для всіх судів, крім Палати лордів і Апеляційного суду [75, с. 116].

Як зазначає С.К. Загайнова, у принципі підпорядкованості є певні винятки. Так, для Апеляційного суду не обов'язковий прецедент, якщо:

1) цим Апеляційним судом є Палата лордів, що не пов'язана із попереднім судовим рішенням.

У 1966 р. Палата лордів зробила заяву, згідно з якою надмірна прихильність до прецеденту може призвести до несправедливості в конкретному випадку та до невивірених обмежень у розвитку права. Тому Палата лордів вважає свої попередні рішення в принципі обов'язковими, але допускає незначні відхилення в разі необхідності. Ця заява стосується використання прецедентів лише самою Палатою лордів. Проте цей виняток з принципу *stare decisis*, який був, до речі, підтриманий парламентом у законі про здійснення правосуддя (1969 р.), застосовується Палатою лордів дуже обережно: так, за 10 років (1966–1976 рр.) вона відхилила лише два прецеденти [51, с. 35];

2) прецедент конфліктує з більш раннім прецедентом вищого Апеляційного суду;

3) або – з прецедентом Апеляційного суду, з яким не погодився Судовий комітет Таємної Ради;

4) прецедент суперечить іншому, більш ранньому прецеденту того ж суду;

5) прецедент був у непрямій формі відхилений наступним рішенням вищого Апеляційного суду;

6) прецедент був прийнятий цим судом за недбалістю (*per incuriam*);

7) прецедент є застарілим;

8) прецедент містить два *ratio decidendi*, між якими можна зробити вибір;

9) прецедент був скасований законом [75, с. 152–153 ].

Принцип підпорядкованості в США означає, що суд повинен дотримуватися

правила, встановленого внаслідок розгляду попередньої справи. В єдиній судовій системі рішення вищого суду поширюється на інші нижчі суди. Так, рішення Верховного суду штату Флорида зобов'язує всі суди штату керуватися принципом підпорядкованості. Це означає, що чим вищий суд, тим важливіші його рішення. Тому форму принципу підпорядкованості називають «вертикальним» *stare decisis*. При подальшому розгляді справ раніше прийняті рішення суду будуть також обмежувати його наступні рішення, що інколи називаються «горизонтальним» *stare decisis*. Однак, коли суд має справу зі своїми власними прецедентами, *stare decisis* є більш гнучким, і суд може прийняти рішення про перегляд власного прецеденту [15, с. 69].

Принцип переконливості *stare decisis* означає, що суд може, але не зобов'язаний дотримуватися раніше встановленого правила. Наприклад, що стосується США, рішення суду в одному штаті матиме лише так званий переконливий вплив на суди в інших штатах. Рішення Верховного суду штату Флорида може мати лише переконливий вплив на суди Нью-Йорка.

Тобто суд Нью-Йорка має самостійно вирішити, чи дотримуватися правила, встановленого при розгляді аналогічної справи у Верховному суді Флориди, якщо аргументація останнього досить переконлива [15, с. 69].

Як зазначає А. К. Романов – дослідник англійського права, щодо конкретного прецеденту можуть діяти різні принципи *stare decisis* – підпорядкованості або переконливості. З цього можна зробити висновок про існування двох видів судових прецедентів: обов'язкових та необов'язкових (переконливих).

Прецеденти, стосовно яких діє принцип підпорядкованості, вважаються обов'язковими. Прецеденти, в основі яких лежить принцип переконливості, називаються переконливими. Вони не є юридично обов'язковими.

До переконливих прецедентів для англійських судів належать такі судові рішення (або їх складові частини):

- 1) частина рішення Палати лордів, що визнається *obiter dicta*;

- 2) усі рішення нижчих судових інстанцій;
- 3) усі рішення Судового комітету Таємної Ради;
- 4) усі рішення судів Шотландії;
- 5) усі рішення, прийняті судами інших держав, на які поширюється юрисдикція загального права;
- 6) прецеденти і думки, викладені в класичних юридичних працях (наприклад, це можуть бути підручники і монографії);
- 7) рішення, винесені паралельними судовими інстанціями, якщо вони не вважаються юридично обов'язковими, чи *ratio decidendi*;
- 8) всі рішення судів Європейського Союзу [155, с. 169].

У даний момент обов'язок застосовувати необхідний пошук потрібних статутів чи прецедентів входить до функції адвокатів однієї зі сторін справи. Результати такого пошуку повинні бути надані суду. Однак судді можуть посилатися на інші авторитетні джерела права, в тому числі й на ті, про які не повідомили адвокати, що беруть участь у справі. В даному випадку суд в обов'язковому порядку прислуховується до думки адвокатів, що представляють сторони в процесі [155, с. 169–170].

Значення переконливих прецедентів зростає тоді, коли суду доводиться заповнювати відсутність законодавчої регламентації.

Також у теорії прецеденту існують три інститути:

- 1) інститут перегляду (скасування) прецеденту;
- 2) інститут змінення рішення вищого суду;
- 3) інститут відхилення прецеденту.

Доцільно дати детальну характеристику названих інститутів:

- 1) Інститут перегляду (скасування) прецеденту (*overruling*).

Прецедент переглядається:

а) згідно з рішенням вищого суду за іншою справою. Вищий суд у цих випадках вважає, що право з часу проголошення попереднього рішення стало іншим. Тому рішення, прийняте на підставі старого прецеденту в іншій справі,

залишається чинним, а новий прецедент, створений вищим судом, поширюватиметься на всі справи, що розглядатимуться в майбутньому;

б) шляхом прийняття статуту, що містить норми, які за змістом відрізняються від правила, встановленого прецедентом. Значення перегляду прецедентів актами Парламенту підвищується в Англії, починаючи з 1966 року, після відмови Палати лордів від принципу «твердого прецеденту».

## 2) Інститут зміни рішення нижчого суду.

Зміна рішення набуває чинності тоді, коли вищий суд скасовує рішення нижчого суду в порядку апеляційного перегляду тієї ж справи. У цьому випадку відхилене рішення нижчого суду втрачає силу прецеденту, а прийняте судом апеляційної інстанції стає новим прецедентом у даній справі. Новий прецедент використовуватиметься також при вирішенні аналогічних справ у майбутньому.

## 3) Інститут відхилення прецеденту (відхід від прецеденту).

Суд може відхилити запропонований прецедент через те, що він не повною мірою відповідає фактичним обставинам розглянутої справи. У цьому випадку суд повинен констатувати, що обставини справи, розгляд якої призвів до створення прецеденту, мають суттєві розбіжності з обставинами справи, яку він розглядає зараз. Тому цей прецедент не може бути застосований через його невідповідність фактичним обставинам даної справи.

Зазвичай суди віддають перевагу відхиленню прецеденту, а не його перегляду (скасуванню). Вважається, що перегляд (скасування) прецедентів призводить до зростання невизначеності права й у цілому не сприяє цілям правосуддя і справедливості. Відхилення дозволяє, в разі необхідності, «відродити» «сплячий» прецедент [19, с. 36].

## Переваги прецеденту:

1. **Визначеність.** Прецедент забезпечує необхідний ступінь одноманітності в рішенні суддів, на які можна покластися. Для цілей правосуддя одноманітність необхідна. Визначеність для англійського юриста це фактично соціальна норма.

2. Здатність до розвитку. За допомогою прецеденту можуть встановлюватися нові положення права, а старі положення пристосовуються до нових обставин і умов. Крім цього, стає можливим застосувати старе право з урахуванням змінених суспільних потреб.

3. Врахування конкретних обставин. Система кодифікованого права не дозволяє забезпечити при формуванні правових норм детального обліку конкретних обставин, які є в прецедентному праві.

4. Практичність. Норми права конструюються з урахуванням реальних справ і вже існуючих насправді обставин. Вони не розраховані на обставини і умови, які можуть виникнути і можливі в майбутньому.

5. Гнучкість. Загальна правова норма (*ratio decidendi*) м'якша до реальних ситуацій. Наприклад, стандарт вимоги «не допускати зухвалості щодо оточуючих людей», сформований у справі *Donoghue v. Stevenson* (1932 р.), застосовується до всіх випадків незалежно від конкретних обставин завдання шкоди.

Недоліки прецеденту:

1. Суворість. Прецедент суворий у тому значенні, що він не допускає жодних відхилень, так ніби за ним було визнано силу закону. Відхилення від прецеденту не допускається, навіть якщо суспільна думка вважає його хибним (помилковим).

2. Небезпека непослідовності. Цей недолік прецеденту розглядається як похідний від суворості системи в цілому.

3. Громіздкість і слабкість. Завдяки системі прецеденту обсяг правових норм настільки великий, що людина не може знати їх усіх. У сучасному англійському праві налічується понад 800 тисяч діючих прецедентів, і яким би не був розумним і знаючим юрист, він не може опанувати їх повністю.

4. Повільність змін. Виникнення нових положень права залежить від розгляду судами конкретних справ. Оскільки судові процеси мають тенденцію до застосування на роки, формування нового права зазвичай не встигає за швидкими

змiнами в життi суспiльства. Деякi англiйскi суддi вiдзначають у зв'язку з цим, що зазвичай потрiбно не менше ста рокiв, щоб ввести через прецедент нове право. Однак пiсля того, як у ньому не буде потреби, повинно минути ще сто рокiв, щоб цього права можна було позбутися.

5. *Ізольованість ratio decidendi.* Цей недолік пов'язаний з тим, що власне право є ізольованим від того судового контексту, в якому воно розвивається. Тому в тих випадках, коли важко встановити *ratio decidendi*, це не надає праву визначеності.

Також слід зазначити, що процес вибору прецеденту досить суб'єктивний. Він залежить від оцінки, яку дає суддя фактам, що лежать в основі декількох справ. Вибір судді визначається різними обставинами. Наприклад, він може відходити від суворих логічних побудов чи вимог справедливості. Безперечно, що рішення на основі логіки не завжди може бути правильним з точки зору справедливості. Суддя сам визначає, який прецедент у даній справі для нього є обов'язковим.

## **2.2 Судова практика як джерело права в романо-германській правовій сім'ї**

У романо-германській правовій системі роль судової практики не виходить за рамки тлумачення або роз'яснення закону. Вважається, що правотворча діяльність є прерогативою законодавця, а також урядової або адміністративної влади уповноваженої на це законодавцем. [120, с. 151].

Як зазначає І. Ю. Богдановська, судова практика є суперечним джерелом права романо-германської правової сім'ї. Ця обставина пояснюється тим, що роль судової практики може бути уточнена лише у зв'язку з роллю закону, точніше, творча роль судової практики завжди чи майже постійно приховується за баченням тлумачення закону. Це пояснює прегнення юристів спиратися на закон. В континентальній Європі з XVII–XVIII ст. з'явилася доктрина, що закріплювала

попереднє зобов'язання й вимагала керуватися попередніми рішеннями [21, с.12].

У країнах романо-германської правової сім'ї закон займає центральне місце. Саїдов А. Х. зазначає, що шанобливе ставлення до закону, як основної форми виразу права, характерне для юридичного позитивізму XIX століття, змінилося в XX столітті критичною тенденцією щодо закону і широким поширенням вимог свободи суддівського і адміністративного розсуду.

Закон має вагоме значення як основне джерело в сучасну епоху, особливо під час зростання державного впливу. В європейських країнах простежується тенденція прагнення підняти престиж і роль судової практики як джерела права в романо-германській правовій сім'ї. При цьому критикується юридичний позитивізм і спостерігається настирливе розмежування права і закону, яке звучить нерідко мало не як протиставлення. Звідси в цілому негативне ставлення до кодифікації законодавства [159, с. 31].

У країнах романо-германської правової сім'ї в останні півстоліття переважає тенденція до визнання суддівського права, і судова практика вивчається як різновид правотворчості. Це зумовило пошуки відповідей на такі питання: які судові рішення і чому можуть бути і є джерелом права і яке їх співвідношення з іншими видами джерел права. У даний час все більше утверджується думка про те, що судові рішення можуть бути визнані джерелами права в усіх правових сім'ях, хоча і різними за походженням, з різною обов'язковою силою і з різним механізмом їх дії і застосування [159, с. 33].

Головна особливість романо-германської правової сім'ї полягає у визнанні нормативно-правового акта як основного і часто єдиного джерела права. Проголошуючи спадкоємність традицій римського права, країни романо-германської правової системи все ж відмовилися від «активної казуїстики» і проголосили верховенство закону [21, с. 9]. Мабуть вони керувалися тим, що якщо при формуванні правової норми дотримуватися принципу точності формулювання норми, то при її застосуванні у судді можуть виникнути труднощі в зв'язку з тим, що законодавець не може передбачити різноманітність конкретних



справ, що виникають на практиці. Якщо ж, навпаки, погодитися з абстрактним, загальним характером правових норм, то неминучий при їх застосуванні процес тлумачення, який позбавляє, як правило, судді свободу розсуду, захистивши його лише встановленням правових меж і директив. З даного питання Гегель відзначав: «Нічого не змінює ту обставину, що закон сам не встановлює необхідної остаточної визначеності, а надає право прийняти рішення судді і обмежує його лише максимумом і мінімумом, бо кожен із цих мінімумів і максимумів є окреме кругле число і не суперечить тому, щоб суддя згодом встановив таке кінцеве, цілком позитивне визначення, а навпаки, визнає за ним таке право, бо бачить в останньому щось необхідне» [34, с. 235].

Сьогодні існують важливі галузі права, в яких через різні причини взагалі відсутнє правове регулювання або воно обмежується загальним відсиланням або рамковими нормами. Ця обставина, а також нездатність законодавця вчасно встигати за мінливою дійсністю є рушійною силою для розвитку суддівської нормотворчості [195, с. 403].

Питання про суддівську нормотворчість (правотворчість) належить до переліку найбільш проблемних в юридичній науці і практиці. Відповідно до класичної теорії поділу влади суд не повинен творити право, його роль зводиться лише до застосування встановлених або санкціонованих державою правил поведінки. Прихильники цього напрямку обґрунтовують неможливість і шкідливість суддівської правотворчості тим, що в ній приховані можливості свавілля, відходу від принципу законності при винесенні конкретних рішень. Крім того, на думку противників суддівської правотворчості саме право повинно бути чітко визначеним і зрозумілим, без чого право взагалі не може існувати. Визнаючи наявність позитивних сторін даної теорії, слід все ж зазначити, що говорити про визначеність правових норм можна лише з позиції відносності й умовності, з огляду на абстрактність правових приписів. Якби вони були ідеально точним відображенням дійсності у всій її складності і конкретності, то вони не давали б ефекту правового регулювання. Саме через умовність відповідності

юридичних норм об'єктивній реальності, а значить часткової розбіжності з нею і відносної незалежності від неї, вони можуть застосовуватися до широкого кола правовідносин і виконувати свої соціальні функції. Чим абстрактніша норма права, тим більша кількість відносин і життєвих ситуацій вона охоплює. У той же час така ситуація породжує необхідність здійснення інтерпретації норм права, для зменшення їх абстрактності, приведення їх до виду, необхідному для безпосереднього їх застосування і реалізації.

В Федеративній Республіці Німеччина вважається, що право не може бути створено за допомогою судових рішень, звичаю, правової науки [76, с. 33]. Австрійський Цивільний кодекс не визнає суддівське право джерелом права [53, с. 74]. Цілковито обгрунтовано І. Ю. Богдановська вважає: «З точки зору теорії права у Франції взагалі немає прецедентного права» [21, с. 25]. Неважко помітити, що дана позиція пояснюється тим, що в країнах континентальної Європи панує ідея верховенства закону, пріоритету писаного права, що має коріння в рецепції римського права.

Стаття 4 Цивільного кодексу Франції містить положення про те, що суддя повинен винести рішення і не може посилається на замовчування, нечіткість або недостатність закону. Наприклад, у випадку наявності прогалини в законодавстві рішення Касаційного суду Франції є не тільки орієнтиром, але й принциповим показником при вирішенні конкретних справ [112, с. 120].

Відповідно до Цивільного кодексу Іспанії судді в аналогічних випадках повинні звертатися до звичаїв, судових рішень, загальних принципів. Останнім часом у рішеннях Федерального Конституційного суду Німеччини зазначається позиція, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а включає також «деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував у позитивній нормі» [2, с. 110].

У ст. 1 Цивільного кодексу Швейцарії міститься наступне положення: при відсутності закону або звичаю суддя повинен вирішувати справу на підставі того правила, яке б він встановив, будучи законодавцем, використовуючи традиції та

доктрини [32, с. 88]. Зазначені положення дають можливість формувати нові норми, оскільки складно визначити момент, коли суддя переходить від тлумачення правових норм до здійснення дискреційних повноважень.

Дійсно, досвід законодавства і правозастосовчої практики показує, що законодавець прагне більш повно врегулювати ті чи інші суспільні відносини в тексті закону. Але там, де окремі учасники суспільних відносин об'єктивно не допускають їх детальної регламентації, законодавець регулює такі відносини шляхом встановлення загальних абстрактних норм права. При цьому він заздалегідь розраховує на конкретизацію останніх в процесі застосування і знає, що така конкретизація буде здійснена в межах вихідних норм. Це положення знаходить підтвердження і в думці Гегеля про те, що вимога від закону, щоб він був абсолютно закінченим і не допускав подальших визначень в формі суджень про зміст норм права є абсолютно невірною і є результатом нерозуміння природи таких кінцевих явищ як позитивне право, в яких досконалість є безперервним наближенням [34, с. 237].

Необхідно пам'ятати, що судді континентальної Європи, зіткнувшись з прогалинами в праві, не можуть безпосередньо заповнити їх, як це практикують їх колеги в країнах «загального права». Часто вони змушені звертатися до закону, даючи йому розширювальне тлумачення з тим, щоб застосовувати як підставу для винесеного рішення. У зв'язку з цим, в окремих випадках складно визначити, де межа між розширеним тлумаченням і суддівським розсудом.

У континентальному праві судова практика має наступні форми впливу на регулювання суспільних відносин: нормоконтрольна, що полягає у вирішенні та запобіганні нормативно-правових колізій через вироблення нормативно-правових позицій, обов'язкових в наступних аналогічних справах; компетенційна, особливостями якої є спрямованість на вирішення та уникнення колізій повноважень шляхом констатації у прецедентних рішеннях наявності чи відсутності повноважень відповідних державних органів; уніфікаційна, своєрідними рисами якої є забезпечення єдності судової практики за допомогою

фіксації у прецедентних рішеннях відповідних нормативно-правових приписів; правозахисна, метою якої є попередження порушень прав людини шляхом визнання у нормативно-правових позиціях певної поведінки органів держави такою, що призводить до їх порушення; регламентна, яка спрямована на вирішення у судових регламентах організаційних та процедурних питань внутрішньої діяльності відповідних судових органів [167].

Німецький вчений К. Енгіша говорить про можливість розсуду у професійній діяльності правозастосовувача. Так, на його думку, «треба знайти межі своєї самостійності і виконувати чужі рішення». Виявлення потреби в застосуванні права (вирішення правових ситуацій) і власне застосування права (вирішення правових задач) вимагають, крім усього іншого, і з'ясування тенденцій розвитку законодавства, усвідомлення його мінливих цілей, встановлення нового контексту закону, що повністю легітимізується рекомендованими в теорії права способами тлумачення закону; розуміння можливостей закону, умов його застосування і здатності норм закону до розширення. В цьому випадку судді, помиляючись щодо природи мови, сприймаючи слова як щось з фіксованим змістом, часто самі не помічають виробленої ними прихованої роботи з нормами, яка полягає в її переформулюванні. Аргументуючи це положення, К. Левеллін писав, що навіть якщо припустити, що законодавець створив правило в одноваріантному формулюванні, і що регульовані ним обставини були добре йому відомі і не змінилися з тих пір, одного разу все ж виникає сумнівний випадок, який повинен буде вирішити суддя, вдаючись до власної оцінки позитивного права з точки зору відповідності його надпозитивним цінностям [84, с.10].

Однак, в романо-германській правовій сім'ї судам рідко дозволяється використовувати особливу законодавчу техніку створення правових норм, хоча може бути визнаний обов'язок судді дотримуватися положень встановлених судовими рішеннями. Тому в будь-якому випадку використання судової практики як джерела права в романо-германській правовій сім'ї має більш обмежений

характер, ніж в державах, що входять до англо-американської системи права. Це пояснюється, перш за все, відмінністю в організації та структурі вищих судових інстанцій. Так, країнам романо-германської правової сім'ї властива дихотомія у вищих судових інстанціях, тобто поділ судів для розгляду апеляцій у кримінальних, цивільних, адміністративних справах. Наприклад, Франція має наступний розподіл: суд касації (кримінальні та цивільні справи) і державна рада (адміністративні справи). У Німеччині система вищих судових інстанцій складається з п'яти вищих судів – у цивільних, кримінальних, адміністративних, податкових, соціальних справах. Тоді як в країнах загального права діє єдина система судів – Верховний Суд США, Верховний Суд Канади (9 суддів). Важливе значення при цьому відіграє кількість суддів у вищих судових інстанціях. Такі країни як Росія, Франція, Італія, Німеччина мають в своєму складі, як правило, більш ста суддів. У Казахстані трохи менше 50 суддів. Крім того, вища судова інстанція континентального права зазвичай має відділи, до кожного з яких відноситься певна кількість суддів, які змінюються від справи до справи. Дихотомія вищих судів країн континентального права призводить до того, що судові владні повноваження поширюються як на судові органи в цілому, так і на конкретних суддів.

Крім того, судова система країн романо-германської правової сім'ї передбачає можливість неодноразового перегляду судових рішень. У країнах загального права така процедура є складною. Так, у Великій Британії, наприклад, апеляційний перегляд винесеного рішення можливий у виняткових випадках і вимагає отримання певного дозволу. Тому Палата Лордів в рік розглядає в середньому 50 скарг у кримінальних і цивільних справах. У зв'язку з цим кожен приклад застосування розсуду судом детально вивчається як вченими, так і практиками країн загального права. Ще однією особливістю є те, що судді країн континентальної правової сім'ї є «кар'єрними суддями», для яких характерний поступовий рух «по службі» і дотримання висновків суду вищої інстанції, що знижує рівень розсуду судів першої інстанції [122, с. 24].

Тут також необхідно відзначити, що хоча поняття суддівського розсуду і судового прецеденту пов'язані один з одним, але аж ніяк не є тотожними, з тієї причини, що судовий розсуд в рамках позитивістської традиції континентального права має досить мало загальних ознак з судовим розсудом в теоріях, що ставлять під сумнів загальнообов'язковість норми (для них суддівський розсуд, по суті, спосіб, механізм судової правотворчості).

Судова правотворчість розглядається в даному випадку широко: це і «створення» норми для конкретного розглянутого спірного питання, і (наступний рівень) надання такій нормі загальнообов'язковості, поширення її дії на невизначене коло осіб [38, с. 20].

До переліку основних різновидів судової правотворчості в різних правових системах можуть бути віднесені: а) нормативні правові акти судових органів; б) судові прецеденти, опублікування судових рішень; в) судове тлумачення нормативних правових актів; г) судовий конституційний контроль; г) законотворча ініціатива, участь в підготовці законопроектів; д) вибір права сторонами в міжнародному комерційному суді, застосування ними права різних країн [85, с. 184].

Деякі сучасні дослідники Франції, які дотримуються традиційних поглядів на судову практику, змушені розглядати її майже на рівні джерела права, відзначаючи, що «авторитет судової практики передбачає, що рішення, прийняте щодо цих обставин, буде поширено і на аналогічні справи. ... Тут судова практика виступає як засіб тлумачення чинного права, як спосіб заповнення прогалин» [26, с. 187].

У Німеччині, Аргентині, Португалії, Швейцарії передбачається обов'язок судді слідкувати певному прецеденту. При цьому слід зазначити, що навіть професійна критика закону здійснюється в рамках чинного права. При дотриманні цієї умови законність виконання професійних обов'язків передбачає: а) право на тлумачення; б) можливість розсуду в заданих межах; в) механізм подолання помилок і правопорушень [76, с. 54–55].

З вищенаведено впливає, що соціологічний варіант правового позитивізму не став домінуючою теорією в романо-германській правовій сім'ї. Як в теоретичному, так і в практичних аспектах точка зору на проблему судової практики як джерела права в романо-германській правовій сім'ї представляє своєрідний компроміс між природно-правовим напрямком і юридичним позитивізмом та полягає в тому, що судова практика як джерело права використовується при наявності відносно-визначених правових норм, а також там, де складно кваліфікувати спір або правильно встановити обставини справи при застосуванні аналогії.

Вважаємо, що законодавець передає на розсуд суду вирішення низки правових питань, адже сам їх повністю врегулювати не може, в зв'язку з тим, що для цього потрібен спеціальний підхід в кожному конкретному випадку. Абстрактність закону об'єктивно обумовлює необхідність переведення його від меншої конкретності до більшої. Такий процес часто здійснюється в процесі прийняття судового рішення через його мотивування. Застосовуючи право, суддя зазвичай логічно розвиває раніше сформульовані норми із залученням нових понять, визначень, методів порівняння, протиставлення і т.д., тобто такі розумові операції, які вносять новизну в розуміння розглянутого питання. При відсутності цього елемента новизни будь-яке з'ясування, коментування і мотивування є безглуздими. Тому застосування (тлумачення) права завжди має в собі елемент нового розуміння чинного закону або ж розуміння його щодо конкретного факту або групи фактів, з яких складається юридична практика [179, с. 7]. При цьому пріоритет віддається нормативному типу, особливості якого і сформували правову систему романо-германської сім'ї – «право там, де є закон».

Природне право доповнює нормативний тип шляхом висунення концепції правового закону. Використання принципів природного права в правотворчості і правозастосуванні сприяє більш ефективному правовому регулюванню. Їх невикористання чи недостатнє використання або фальсифікація, пристосування до існуючої ідеології призводить до створення недоцільного закону, позбавленого

властивості правового, що в кінцевому підсумку виявиться в негативних наслідках його дії для особистості, суспільства, держави.

Таке розуміння зумовлює становище судової влади у романо-германському типі права як виконавця волі законодавця. Межі суддівського розсуду обмежуються рамками закону. Судові рішення не розглядаються як фіксація норм права. Разом з тим, сучасний розвиток наукової думки привів до збільшення впливу соціологічного напрямку в країнах романо-германської правової сім'ї.

### **2.3 Судова практика як джерело права в релігійних правових системах**

Значну кількість країн Азії та Африки, що не входять до континентальної та/або англо-американської правових родин, прийнято відносити до родини релігійно-традиційного права. Це обумовлено тим, що їхнім правовим системам властива єдність релігійних і правових приписів [1, с. 70].

На підставі розгляду впливу релігійного чинника на становлення і функціонування правових систем світу, Д. Вовк виділяє два основні види релігійних правових систем: правові системи країн розвинених неавраамістичних релігій (буддизм, індуїзм, даосизм) та дуалістичні правові системи країн авраамістичних релігій (іслам, іудаїзм). Серед аналізованої категорії правових систем дослідник визначає також секуляризовані правові системи християнських країн, серед яких виокремлено правові системи країн західного і східного християнства [31, с. 196].

У даному підрозділі спробуємо здійснити теоретико-правовий аналіз судової практики як джерела права у релігійних правових системах відповідно до класифікації запропонованої Д. Вовком. Проаналізуємо правові системи країн авраамістичних релігій (іслам, іудаїзм та християнство).

Мусульманське право. Майже в усіх сучасних країнах, де домінує ісламське населення, мусульманське право та шариат не єдине діюче право. Більше того,



вони часто вже не складають основний елемент правових систем. Одночасно мусульманське право не втратило тут повністю своєї ролі як комплексу діючих мір, хоча й у модифікованому вигляді. Згідно класифікації дослідницької групи «JuriGlobe», у окремих країнах, де іслам проголошено офіційною релігією, основу правової системи складає виключно мусульманське право (Афганістан, Мальдівські острова, Саудівська Аравія). У цих державах шаріат продовжує залишатись провідним елементом мусульманської правової системи і вступає у формі ісламської правової доктрини – фікха [86, с. 372].

Мусульманське право еволюціонує, головним чином під впливом європейських правових моделей, що зумовило формування змішаних правових систем, які включають окрім мусульманського права елементи інших правових систем: 1) континентального і мусульманського права (Алжир, Єгипет, Ірак, Іран, Коморські острови, Ліван, Лівія, Мавританія, Марокко, Палестина, Сирія, Туніс); 2) континентального, мусульманського і загального права (Джибуті, Індонезія, Йорданія, Кувейт, Оман, Тімор-Лешті, Еритрея); 3) континентального, мусульманського, загального і звичаєвого права (Бахрейн, Ємен, Катар, Сомалі); 4) загального і мусульманського права (Бангладеш, Пакистан, Сінгапур, Судан); 5) загального, мусульманського і звичаєвого права (Бруней, Гамбія, Індія, Кенія, Малайзія, Нігерія); 6) мусульманського і звичаєвого права (Об'єднанні Арабські Емірати); 7) континентального, мусульманського і звичаєвого права (Джібуті, Індонезія, Йорданія, Кувейт, Оман, Тімор-Лешті, Еритрея); 8) континентального, загального, мусульманського та іудейського права (Ізраїль).

У змішаних правових системах взаємодія між ними набуває різних форм, а саме: 1) паралельне регулювання схожих питань щодо особистого статусу як мусульман, так і немусульман; 2) включення мусульманських релігійно-правових норм, принципів та інститутів до законодавства, яке орієнтується на європейське; 3) синтез ісламських і європейських правових інститутів; 4) законодавство, яке за своїм змістом і основними конституційними підходами базується на шаріаті, а за формою відтворює зразки європейського законодавства [86, с. 372].

Основу ісламського права склали вчення Аллаха і його Пророка Мухаммеда. Що ж стосується правителя, то він видає лише адміністративні акти та стежить за правильним здійсненням правосуддя. Закони, укази халіфів або інші нормативні акти держави теж використовувалися як джерела ісламського права, однак у класичному ісламському праві ці види джерел мали другорядне значення. У той час держава виконувала свою правотворчу функцію переважно через санкціонування норм, сформульованих судовою практикою й правовою доктриною [16, с. 187].

На початку VII ст. в Халіфаті було запроваджено нову систему правосуддя. У цій системі суддям надавався титул «каді». Такі судді в буквальному значенні слова були представниками халіфа або намісників провінцій, ними ж вони призначалися й знімалися з посади. Оскільки намісники самі були підлеглі владі халіфа, то вся система мала вигляд піраміди, на вершині якої перебував халіф – вище джерело судової, виконавчої й законодавчої влади.

Своїми судовими рішеннями, прийнятими залежно від кожного конкретного випадку, каді сформували основу для подальшого розвитку мусульманського права. У судовій практиці вони не мали можливості керуватися законами, які можна було б із упевненістю назвати мусульманськими, тому вони приймали рішення на власний розсуд, керуючись власним почуттям справедливості та римським і древнім місцевим традиційним правом різних регіонів імперії, останнє складалося з арабського племінного права та древнього близькосхідного права. Всю цю сукупність законів каді застосовували, змінювали або ігнорували на власний розсуд. Їхні рішення набували правової сили завдяки їхньому статусу представників халіфа. Правосудні рішення кадіїв набували правової сили закону халіфа. Згодом, точніше в останні 25 років правління Умайядів, сукупність винесених кадіями рішень сформувала прецеденти, що історики мусульманського права назвали правовою практикою Умайядів [14, с. 12–14].

У XII ст. важливу роль у сфері права відігравали муфтії у тих випадках, коли люди зверталися зі своїми суперечками до судді. Закон, що застосовувався

мусульманськими суддями (кадіями), був фактично законом правознавців, а не законом, що виникав із судового прецеденту. Єдиним типом прецеденту, що передбачав закон у системі шаріату, була висловлена раніше думка або фетва, яку використовували як основу для наступної фетви, не говорячи вже про те, що судді не були зобов'язані брати до уваги попередню судову практику. Передбачалося, що суддя при вступі на посаду повинен був прийняти від свого попередника запис колишніх судових справ. Зумовлювалося це тим, що суддя міг не знати про справу, із приводу якої вже було прийнято судові рішення, тому він повинен був мати можливість користуватися судовими записами, на випадок, якщо вони знадобляться йому як свідчення. Однак попередні судові рішення самі по собі не були або, принаймні, не обов'язково повинні були бути джерелами права. Закон, що застосовувався до попередніх справ, завжди вважався винятково авторитетним законом правознавців, їх фікх. Закон утримувався у фетвах, а не в судових записах [14, с. 170].

В ідеальному випадку мусульманський суддя сам повинен був бути вченим-законознавцем і застосовувати закон правознавців на основі власної компетенції в цій сфері. Однак на практиці судді рідко мали можливість самостійно реалізовувати свої повноваження, хіба що в обмеженій формі. Це зумовлювалося розповсюдженою серед суддів практикою звернення до муфтіїв перед винесенням рішення. Відповідно вплив муфтіїв поширювався безпосередньо на сферу прийняття судових рішень, гарантуючи, що авторитет правознавця буде мати найвищий вплив на те, що, зрештою, є самим надійним засобом впливу на суспільство.

Правознавча література, протиставляючи ролі муфтіїв і суддів, часто приписує суддям функцію встановлення фактів, а муфтіям – функцію застосування закону до цих фактів. Із цієї причини суддя повинен був, принаймні, бути знавцем у тій галузі права, у якій викладені закони, що стосуються показань свідків, зокрема, приведення до присяги свідків і судового процесу [14, с. 170–171].

В Османській імперії до реформ XIX ст. велике значення приділялося прецеденту. Судді були наділені повноваженнями діяти на власний розсуд, часто в канунах їм рекомендувалося діяти згідно «закону, що звичайно застосовується». Так, у часи правління Сулеймана I була прийнята норма, що зобов'язувала вносити рішення у справах, щодо яких не було чіткого письмового роз'яснення, до судового реєстру [54, с. 85]

Бехруз Хашматула виділяє чотири групи ісламських джерел:

- 1) основні джерела, які по своїй значимості й безперечній релігійній цінності займають домінуюче положення (Коран і сунна);
- 2) джерела, які є похідними від двох перших джерел й є результатом доктринальної розробки ісламського права (іджма і кіяс);
- 3) додаткові джерела, які є результатом існування ісламської громади й правотворчої діяльності ісламських держав (фетви, урф й адат, фермани, закони);
- 4) малі джерела ісламського права (правові принципи) [17, с. 153].

Однак, у мусульманській правовій доктрині була відсутня єдність поглядів щодо цінності інших джерел права, тому що з їхньою допомогою можна було б більш вільно використовувати аqe (розум) і za'у (особисту думку), тобто розширювати вибір застосовуваних норм права на розсуд уповноважених осіб. Так, одні юристи засуджували можливість того, щоб особиста думка (za'у) стала основою судового рішення, при цьому думка про те, що той або інший орган законодавчої влади міг мати компетенцію регламентувати всі сфери життя була відхилена. Тут все-таки необхідно наголосити на прерогативі техніки фікха, а іноді й пріоритеті того, що судді приймають рішення на власний розсуд, коли мова йде про сучасні соціальні реалії. Розбіжності ж в оцінці цих джерел швидше формальні, тому що на практиці всі мусульманські школи опиралися на одне із цих джерел, наприклад, на істихсан (правова перевага) – виключення із загального правила в спільних інтересах. Але ні звичай, ні судова практика не є джерелами права, судова практика не зв'язує суддю. Рішення кадї (судді) досить численні, ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права і

їхні рішення – це тільки судження морального плану, що можуть піддатися всіляким переглядам з метою поліпшення [41, с. 314]. Іншими словами мусульманське право надає суддям широкі дискреційні повноваження для рішення спірних питань. При цьому формально мусульманські юристи не вважають звичай джерелом права, але іноді до нього прибігають для доповнення й уточнення застосовуваного принципу права або правової норми. Крім того, в основу рішення кадї (судді) може бути покладене фетва (офіційне судження муфтія або іншого релігійного авторитетного діяча по тому або іншому юридичному або культовому питанню, що є відповіддю на запит кадї або будь-якої фізичної особи). Винесення фетви ґрунтується на принципах ісламу, на прецедентах судової практики. Ці фетви включені в збірники, завдяки яким відбувається пристосування норм мусульманського права й практики до потреб сучасного життя. З певною часткою умовності фетву муфтіїв можна віднести до другорядних джерел мусульманського права [124, с. 50], а її застосування або не застосування – це питання, що вирішується на розсуд кадї (судді).

Особливості правосуддя, принципи й форми його здійснення, соціального статусу кадїїв (суддів), підстави й порядок судового процесу, законність судових рішень займають центральне місце в мусульманському праві. Від правильного вирішення справи залежить, у розумінні східних мусульманських мислителів «зміцнення законослухняності й, разом з тим, спокій і безпека людей, благополуччя держави в цілому» [6, с. 21]. Адже покарання, як передбачено ісламським вченням, – це не що інше, як захист справедливого й благочестивого суспільства від нападів одного з його членів, що на його справедливість відповів несправедливістю, на його благочестя – безчестям.

У досягненні найбільш точного й оптимального балансу між законністю та справедливістю більша роль у мусульманському праві належить суду. Уся діяльність суду, відповідно до мусульмансько-правової науки, повинна бути спрямована на утвердження принципу справедливості. Справедливість, як провідний постулат, фундаментальна мета правосуддя, складає основу

суддівського розсуду в процесі правозастосування.

Суд згідно Корану (6:160) характеризується як «божественна» установа. Тому, справедливо, що у мусульманському праві суд порівнюють з «терезами Аллаха», тому суддя при винесенні рішення обмежений тільки нормами Корана, на якому заснований шаріат. Із цього приводу пише Ш. Разиков: «Якщо врахувати колосальну роль мусульманської релігії в східних державах феодального періоду, то стане ясно, що як суд, так і правосуддя, зображувалися як діяльність, зв'язана зі служінням богів» [152, с. 8].

Однак вважаємо, що дане твердження не означає, що правосуддя й судочинство в мусульманському праві розглядаються як частина релігійних справ по здійсненню ритуальних дій. Суду й правосуддю, таким чином, надається велике значення в житті мусульман, що вимагає торжество справедливості в громаді, її безпека.

У конституціях та законах багатьох мусульманських держав йдеться про вірність принципам ісламу. Підпорядкування держави принципам ісламу проголошено у конституціях Малайзії (1957 р.), Брунею (1959 р.), Республіки Мальдіви (2008 р.), Пакистану (1973 р.), Бангладеш (2004 р.), Тунісу (2014 р.), Єгипту (2014 р.), Сомалі (2012 р.), Лівії (2011 р.), Марокко (2011 р.), Мавританії (1991 р.), Йорданії (1952 р.), Сирії (2012 р.), Іраку (2005 р.), Об'єднаних Арабських Еміратів (1971 р.), Оману (1996 р.), Саудівської Аравії (1992 р.), Ірану (1979 р.), Ємену (1991 р.), Бахрейну (2002 р.).

У Конституціях названих країн містяться статті, що регулюють питання врахування норм ісламського права при здійсненні судочинства. У ст. 149 Конституції Республіки Мальдіви однією з кваліфікаційних вимог особи, яка претендує на посаду судді Верховного суду – це володіння глибокими знаннями в ісламському шаріаті або законах.

У ч. 2 ст. 40 Конституції Республіки Сомалі передбачено, що суд при тлумаченні основних прав людини, може розглядати шаріат, міжнародне право та рішення судів інших країн, однак, він не зобов'язаний дотримуватися цих рішень.

Положення ст. 46 і 48 Основного Закону Саудівської Аравії встановлює незалежність судочинства. При виконанні своїх повноважень суд керується винятково ісламським шаріатом. При вирішенні поставлених перед судами питань, вони діють відповідно до ісламського шаріату, Корану і сунни, а також заснованими на відповідних положеннях постановках представника влади, якщо вони не суперечать Корану та сунні.

У ст. 3 Конституції Ємену визначено, що Шаріат є основним джерелом права.

Цивільні кодекси Єгипту (1948 р.), Алжиру (1975 р.), Іраку (1951 р.) пропонують суддям заповнювати прогалини закону, дотримуючись принципів мусульманського права. У Цивільному кодексі Єгипту (1948 р.) зазначено: «У випадку відсутності правових норм суддя повинен виносити рішення відповідно до звичаю», а «у випадку відсутності звичаю суддя виносить рішення відповідно до принципу ісламського права» [4, с. 37]. Ця особливість судового права дозволяє при закріпленні норм мусульманського права в сучасному законодавстві вибирати за своїм розсудом з безлічі суперечливих приписів ті, які найбільш відповідають інтересам соціально-політичних сил, що перебувають у владі в тій або іншій мусульманській країні» [172, с. 32]

З огляду на ці обставини й, незважаючи на незмінність мусульманського права, слід зазначити його певну гнучкість. Держави мусульманської традиції почали серйозні законодавчі реформи, які нагадують процедури, за допомогою яких англійські судді могли іноді обійти «авторитетний прецедент». Так, процентна позика заборонена мусульманським правом, але можна обійти цю заборону, удавшись до подвійного продажу або ж надавши кредиторів як забезпечення, користування майном, що дає дохід. Можна також уважати, що заборона процентної позики стосується тільки приватних осіб; банки, ощадні каси й суспільства не підпадають під цю заборону. Оренда землі заборонена, але можна обійти цю заборону, підставивши на місце оренди інститут товариства. Дійсно, фікх залишає таке поле діяльності для звичаю, для угоди сторін, для

адміністративної регламентації, що стає можливим, не наносячи збитку самому фікху, приймати нові рішення [42, с. 318].

У законі Судану «Про основи судових рішень» 1983 р. передбачено, що при відсутності закону суддя застосовує положення Корану, сунни Пророка та інші традиційно визнані джерела фікха, а також його загальні принципи. Звертання до судових прецедентів і звичаїв допускається тільки за умови їхнього непротиріччя шаріату, його принципам і конкретним висновкам фікха [173, с. 106].

В Ірані судова практика формально не визнана джерелом права; суддя повинен приймати рішення на основі закону. У той же час судові рішення, прийняті Верховним судом Ірану, фактично застосовуються в якості обов'язкових нижчестоящими судовими органами [192, с. 59].

При цьому необхідно відзначити, що винесення справедливого рішення в справі розглядається мусульмансько-правовою доктриною як подача «садаки» (милостині). Однак «садака» залежить від можливостей того, хто її подає, а правосуддя ж повинне сприяти утвердженню в суспільстві впевненості в справедливості, неупередженості й незалежності суду, тому воно зобов'язане це робити без винятків. Так, принципи справедливості й природного права розглядаються як джерела єгипетського права. При цьому справедливість у вузькому розумінні трактується як «правосуддя», а в широкому розумінні асоціюється з мораллю й моральністю. Вона діє як розподільна справедливість, покликана забезпечити справедливий розподіл соціальних благ між членами суспільства. Завдання суду – це забезпечення рівності всіх перед законом з метою реалізації принципу справедливості.

Природне право застосовується судом у тих випадках, коли у конкретних спірних питаннях відсутні шляхи їх вирішення в законодавстві, у звичаях, в ісламському праві. При цьому природне право виступає як ідеальний закон, заснований на природі людини і як звід правил, які продиктовано людському розуму природою. Людські закони бувають щирими тільки тоді, коли вони відповідають об'єктивним моральним принципам. Ці принципи справедливості й



моральності й становлять природне людське право. Принципи природного права виводяться на основі розуму й здорового глузду, і в цьому природне право відрізняється від норм звичайних людських законів (позитивного права), які можуть бути знайдені тільки в джерелах, таких як конституції, кодексах і т. п. [10, с. 38].

Хашматула Бехруз та Д. Лук'янов зазначають, що сучасна правова доктрина ісламу не визнає судовий прецедент і судову практику джерелами ісламського права. Рішення судді не набувають обов'язкової сили ні для інших суддів, ні для судді, що виніс таке рішення, при розгляді аналогічних справ. Рішення судів численні та різноманітні, тому ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права, бо це тільки судження морального характеру, що можуть зазнати будь-яких переглядів з метою покращення [17, с. 234].

Разом з тим ісламське право не обмежує право на судові суперечки залежно від суддівського розсуду [116, с. 179; 204]. Суддівський розсуд у мусульманських країнах застосується у тому випадку, коли допускає розширювальне тлумачення норм Корану. Прецедент не властивий мусульманському праву, тому що в жодному разі неприпустимо посилалися на рішення й акти людини, а тільки на священне писання ісламу [16, с. 90–91].

Натомість, розглядаючи зовнішні форми (джерела) права у сучасних мусульманських правових системах, С. Галюк констатує, що у сучасній мусульманській правовій системі сформувалася складна система джерел позитивного права, яка включає різноманітні зовнішні форми (джерела) права: конституції, закони, підзаконні акти, міжнародні договори, правові звичаї, правові доктрини, правовий судовий прецедент (лише у системах, що рецептували ознаки загального права) [33, с. 133].

При цьому, як зазначає дослідниця, більша частка кодифікованих актів притаманна правовим системам, що рецепіювали ознаки континентального, а менша – загального права. У правових системах, що рецептували ознаки ж загального права судовий прецедент використовується як джерело права

(наприклад, Багладеш, Індонезія) [160, с. 111].

Сучасний розвиток мусульманського права у ХІХ ст. – ХХІ ст., відбувається під впливом «вестернізації». Це означає, що відбувається запозичення мусульманським правом деяких ідей, принципів та норм, притаманних романо-германському чи англосаксонському праву. При цьому, вплив кожної із зазначених систем на право конкретної мусульманської країни залежить від того, з якою з країн в неї були тісні економічні, політичні та інші зв'язки. Вестернізація проявляється у тому, що в питаннях, які виходять за межі особистого статусу і не торкаються священних основ ісламу, застосування норм власне мусульманського права поступається нормам, запозиченим у романо-германському чи англійському праві. Ці норми впроваджуються через видання державою нових законів, кодексів або поступово встановленою судовою практикою [33, с. 44–45].

Іудейське право та право Ізраїлю. Іудейське (єврейське) право є одним з найдавніших у світі. Початок існування якого розпочався у 70 р. н. е., коли було знищено Другий єрусалимський храм, і тривало до заснування Ізраїлю як держави у 1948 р. Важливість розгляду судової практики, як джерела права традиційного єврейського права та сучасного ізраїльського, обумовлено місцем цих культур (східної і західної) у різні епохи.

Іудейське (єврейське) право – це релігійно-правова система, що регулює суспільні відносини всередині єврейської громади, яка сповідує іудаїзм, характеризується моно національністю, переважним використанням заборон і зобов'язань, здатністю до існування та розвитку в умовах відсутності держави як політико-територіальної організації [88, с. 52].

Розвиваючись протягом тисячоліть, первинно основу єврейського права складала окремі положення Тори, однак, згодом відбулися зміни, зумовлені потребами єврейського суспільства.

Специфіка єврейського права полягає у тому, що воно одночасно є релігійним і національним. Більше того, релігійну складову єврейського права не слід відділяти від юридичної. Однак, якщо розглядати єврейське право в

історичному ракурсі крізь призму релігійних дефініцій, не можна його ставити в один ряд з такими системами, як християнське середньовічне канонічне право, оскільки останнє обмежується сферою, яка пов'язана зі здійсненням культу і особистим статусом (шлюб, розлучення), що не врегульовувало політичні відносини та судову систему [134, с. 75].

У єврейській громаді та її установах, як зазначає О. Лупухін, панувало «почуття правди і закону». В іудейських вченнях зазначено: «Якщо суддя виголошує рішення, що суперечить істині, то він віддаляє велич Божу від Ізраїлю. Але якщо він судить згідно правди, хоча б тільки протягом однієї години, то він зміцнює увесь світ, бо в суді саме і виражається присутність Бога в Ізраїлі»[85].

Провідне місце суду у єврейському праві обумовлено тим, що суддя на рівні громади був єдиним правозастосовувачем та часто виконував роль законодавця. Колишній голова Верховного Суду Ізраїлю А. Барак у книзі «Судовий розсуд», звертаючись до формальних джерел судового розсуду, виділяє два аспекти: перше – це існування вираженого правила, що наділяє суддю правом розсуду; друге – при відсутності такого першого правила, суддя приймає рішення, керуючись принципом верховенства права, однак, знаходячись «в межах між молекулярним і клітинним рівнями», він формує норми задля усунення прогалин у праві [9, с. 135–136]. При відсутності законодавчих органів у середньовіковій єврейській громаді, при здійсненні судочинства, суддя здійснював судові нормотворення.

Варто наголосити, що функціонування автономних релігійних судів у єврейських громадах зумовило визнання рішень цих органів як одних з джерел права. Протягом багатьох століть єврейські суди розглядали різноманітні справи, пов'язанні з повсякденним життям громади. З часом, як зазначає Д. Лук'янов, сформувався принцип, згідно з яким суди мали право приймати інше рішення, ніж було передбачено нормами інших джерел права, якщо вважали, що буквальне їх застосування порушуватиме принципи справедливості. Саме діяльність єврейських судів протягом століть впливала на зміну норм іудейського права.

Збірники різних рішень судів є складовою частиною джерел права іудеїв. Прикладом такої збірки є «Питання і відповіді», що містить судові рішення щодо різних категорій справ, які вирішували провідні єврейські юристи, що жили в численних країнах у різні часи [87, с. 62].

На відміну від держав, в яких право за відсутності державної підтримки поступово відмирало, єврейське право протягом століть «не тільки не деградувало й не загинуло» [134, с. 51], а й продовжувало функціонування у період відсутності державності.

Сьогодні для єврейської правової системи характерний юридичний плюралізм, оскільки у ній поєднано елементи декількох правових систем: 1) «єврейське право», що сформульовано в Торі та єврейському релігійному законодавстві; 2) «османське право», тобто система законів Османської імперії; 3) «англійське право» з часів британського мандату; 4) власне «ізраїльське право»: закони прийняті Кнесетом, а також постанови Верховного Суду, розпорядження муніципалітетів тощо [37, с. 22].

Варто наголосити, що не слід ототожнювати іудейське право і право держави Ізраїль. Хоча, на правову систему сучасного Ізраїлю продовжує впливати єврейське класичне право, однак – це різні правові системи.

Розглядаючи багатоаспектність сучасної правової системи Ізраїлю, В. Оксамитний зазначає, що слід розрізняти іудейське (єврейське) релігійне право як історичне право єврейського народу та ізраїльське національне право [113, с. 165], що являє собою сукупність декількох правових систем (романо-германське, англо-саксонське, іудейське, мусульманське і канонічне право [25, с. 426]).

У систему джерел ізраїльського права, відповідно, включені:

- 1) законодавчі акти, основні (конституційні) і звичайні;
- 2) акти виконавчої влади, прийняті урядом, міністерствами та іншими владними структурами;
- 3) правові звичаї, які стають такими в силу традиції, багаторічної практики

або за прямою вказівкою закону;

4) норми міжнародного права, що містяться в міжнародних договорах, що отримали міжнародне визнання і не суперечать ізраїльським законам;

5) доктрини і норми іудейського (єврейського) права;

6) акти суддівської правотворчості (ізраїльське прецедентне право) [113, с. 165–166].

Так, з моменту заснування держави Ізраїль, нова правова система була сформована на основі англійського загального права, елементи якого були застосовані у Палестині близько 1922 р., а також рудименти османських законів [134, с. 110]. Особлива роль британського права у становленні правової системи держави Ізраїль відобразилася на формуванні і функціонуванні судової системи.

Так, одним з проявів рецепції англійського права у правову систему Ізраїлю – це визнання судового прецеденту одним з провідних джерел права. Однак, Ізраїльські суди у більшій мірі зорієнтовані не на англійську, а на американську судову практику. Згідно з положеннями закону від 1957 року кожен суд зобов'язаний керуватися судовим прецедентом, встановленим вищим судом. Прецедент, встановлений Верховним судом Ізраїлю, є обов'язковим для всіх судів, крім нього самого. Це зумовило формування в Ізраїлі особливого власного зводу прецедентного права на основі рішень Верховного Суду цієї країни [87, с. 62].

На самостійний розвиток судової практики серед джерел ізраїльського права вплинув Закон «Про основні права» 1980 р. У ньому, зокрема, було встановлено наступний принцип: «якщо питання не може бути вирішене на основі законів, прецедентів та аналогії права, суди повинні вирішувати його крізь призму «принципів свободи, справедливості, рівності та миру, що є спадщиною Ізраїлю» [79, с. 235].

В. І. Лафітський наголошує, що роль прецедентів англійського загального права неухильно спадає. Вони вже не мають визначального значення для розвитку судової практики Ізраїлю. Вони вже не мають обов'язкової дії та застосування. Ізраїльські суди все рідше до них звертаються, застосовуючи судову практику

різних держав, в тому числі США, Франції, ФРН. При цьому все більшого значення набувають прецеденти, що сформувалися в судовій системі Ізраїлю [79, с. 235].

Відповідно до Основного закону\* Ізраїлю «Судова влада» від 28 лютого 1984 р. [117] (далі – Закон) Верховний Суд Ізраїлю розглядає апеляції на вироки та інші рішення Окружних судів.

Верховний суд Ізраїлю, відповідно до ст. 15 вище згаданого Закону, засідає також як Вищий суд справедливості, розглядаючи питання, в яких він вважає за необхідне надати судовий захист в ім'я справедливості, і які не належать до компетенції іншого суду.

Верховний суд, що засідає в якості Вищого суду справедливості, уповноважений:

1) видавати укази, адресовані державним відомствам, місцевим органам влади, їх службовцям, організаціям, а також іншим особам, що здійснюють громадські повноваження відповідно до закону, що зобов'язують їх здійснювати або утримуватися від здійснення яких-небудь дій при здійсненні ними повноважень згідно із законом, або, якщо вони були обрані або призначені незаконно, утримуватися від будь-яких дій;

2) видавати укази, адресовані судам, особливим судам, органам і особам, які відповідно до закону наділені судовими повноваженнями або повноваженнями, подібними судовим повноваженням, за винятком судів, про які зазначено в даному законі та за винятком релігійних судів; зобов'язує їх розглянути справу або утриматися від розгляду справи, або продовжити розгляд справи, або анулювати судовий розгляд, що відбувся або незаконно прийняте рішення;

3) видавати укази релігійним судам, які зобов'язують їх розглянути справу, що знаходиться в їх компетенції, або утриматися від розгляду, або продовження

---

\* З 1958 р. по 2015 р. Кнесет прийняв 13 Основних законів, які в майбутньому складатимуть глави Конституції Держави Ізраїль. Кожен Основний закон розглядається як окрема глава майбутньої конституції. Звідси назва цих законів, що відповідає назві глав можливої майбутньої конституції - наприклад: «Основний закон: Судова влада», а не «Основний закон про Судову владу». Основні закони відрізняються від звичайних законів по статусу, змістом і формою.

розгляду справи, що знаходиться поза їх компетенцією.

У ст. 20 Закону встановлено, що нижчі судові інстанції повинні керуватися юридичною нормою, прийнятою вищим судом. Юридична норма, прийнята Верховним судом, є обов'язковою для виконання всіма іншими судами, крім Верховного суду.

Незважаючи на те, що Закон закріплює принцип верховенства світських судів, Верховний Суд наділений правом давати вказівки релігійним судам. Однак, як показує судова практика останніх років, світські суди вкрай рідко втручаються у справи релігійних судів [79, с. 235].

У проекті Конституції Ізраїлю\* передбачено положення, що визначають місце судової практики Верховного Суду в судовій діяльності. Так, у ст. 72 Проекту зазначено, що рішення суду слід направляти в усі нижчестоящі суди; рішення Верховного Суду є обов'язковим для всіх, крім Верховного Суду. Якщо суд стикається з правовими питаннями, що потребують прийняття судового рішення, які не вирішити шляхом посилання на закон, прецедентне право або переконливі аналогії, суд зобов'язаний вирішити справу, керуючись принципами свободи, правосуддя, цілісності і миру [149].

Таким чином, судова практика як джерело права формувалася під впливом загального права. Так, до 1948 р. суди під час здійснення правосуддя застосовували англійську й палестинську судову практику, а після 1948 р. – ізраїльську судову практику.

Християнське канонічне право. У складі норм християнського канонічного права прийнято виділяти дві групи взаємопов'язаних норм: 1) релігійно-правові приписи Біблії та канонічні звичаї; 2) норми, сформульовані християнською доктриною на підставі «раціональних» джерел – постанови соборів, судовий прецедент, думки авторитетних каноністів [103, с. 92].

У східнохристиянській канонічній науці підходи до виокремлення судової

---

\* Проект Конституції Ізраїлю розроблено громадською організацією «Інститут Сіоністських стратегій» у 2006 р.

практики як джерела права мають суперечливий характер. Перша група дослідників цієї релігійно-правової системи не включає рішення церковних судів до переліків джерел канонічного права [18, с. 34–52; 125, с. 5–22; 102, с. 39–80]. Представники другої групи науковців акти судових засідань та судові рішення опосередковано включають до джерел церковного права [118, с. 137]. Однак, С. Місевич вважає, що для існування судового прецеденту у канонічному праві є достатньо підстав. Свою позицію вчений аргументує тим, що система церковних судових органів у православної церкві кількарівнева. Судові рішення можна оскаржувати, проте рішення судового органу вищої інстанції є кінцевим і за сформованою традицією є зразком для вирішення подібних справ судовими органами різних рівнів у майбутньому.

На думку С. Місевича канонічний прецедент – це рішення церковних органів, наділених судовими повноваженнями, що служать зразками для вирішення подібних справ у майбутньому і мають зобов'язальний характер [103, с. 117].

Існування даного різновиду джерел права зумовлене тим, що у житті певного релігійного об'єднання (церкви), на яке поширює свою дію канонічне право, досить часто зустрічаються спірні відносини, які не врегульовуються ні канонічно-правовими звичаями, ні канонічно-правовими актами, ані канонічними договорами. Повноваженнями з врегулювання цих спірних правовідносин наділені органи церковного судочинства. Рішення, прийняті цими органами, мають обов'язковий характер для адресатів. Дослідник вважає, що факт існування сфери канонічно-правових відносин (відносини щодо правового врегулювання віронавчальних, територіальних, адміністративних та ін. спорів), які врегульовуються рішеннями церковних судів, є достатньою підставою для твердження про самостійність даного виду джерел права.

Так, в українському праві власне церква, як особливий вид звичаю, визнає судову практику. У випадку прогалин у церковному законодавстві суд може керуватися прецедентами, тобто вироками, винесеними за розглядом раніше



аналогічних справ.

Правомірність наділення органів церковного судочинства створювати нові канонічно-правові приписи, зумовлено відсутністю необхідних правових норм, які б дозволили врегулювати певні спірні канонічно-правові відносини. Церковні органи судочинства приймають рішення на власний розсуд, при цьому опираючись на інші джерела права та положення церковного вирошення [103, с. 191–120].

Отже, у релігійно-правових системах судова практика формально не визнана джерелом права, однак судові рішення, прийняті вищими судами деяких країн (Алжир, Єгипет, Ліван, Лівія, Іран, Ізраїль, Судан та ін.), фактично застосовуються в якості обов'язкових нижчестоячими судовими органами.

Сучасна правова доктрина ісламу не визнає судовий прецедент і судову практику джерелами ісламського права. Рішення судді не набувають обов'язкової сили ні для інших суддів, ні для судді, що винесли таке рішення, при розгляді аналогічних справ. Рішення судів численні та різноманітні, тому ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права, бо це тільки судження морального характеру, що можуть зазнати будь-яких переглядів з метою покращення.

У сучасному Ізраїлі судова практика як джерело права формувалася під впливом загального права. Так, до 1948 р. суди під час здійснення правосуддя застосовували англійську й палестинську судову практику, а після 1948 р. – ізраїльську судову практику.

## **Висновки до розділу 2**

1. Прецедентна система в англо-американській правовій системі призводить до того, що рішення вищих судів мають обов'язкову силу як для них самих, так і для судових інстанцій, що діють нижче.

Прецедентне право традиційно відзначається як право, що складається із

норм і принципів, створених і застосованих англійськими суддями в процесі винесення ними судових рішень. Прецедентне право як сума норм міститься у формі судових прецедентів, характеризується особливими властивостями: по-перше, це методи, якими користуються судді при створенні прецеденту, по-друге, це особлива правова культура, вимоги і принципи.

2. Судовий прецедент займає особливе місце в романо-германській правовій сім'ї, що зумовлено як культурними, так і історичними традиціями. В деяких правових системах він проявляється більше, в інших менше, проте виступає дієвим засобом швидкого розвитку правової системи.

3. Судова практика як джерело є джерелом права не лише в країнах загальноправової сім'ї, а й у країнах інших правових систем. Природно, що судова практика в таких правових системах, як романо-германська, займає інше положення в ієрархії джерел права. Це пов'язано з групою особливостей самої правової системи. Подібна специфіка обумовлюється правовими традиціями, правовою ідеологією, традиційним розумінням джерел права, розумінням процесу правотворчості, ставленням до судової системи та низкою інших особливостей правової системи кожної країни.

4. У релігійно-правових системах судова практика формально не визнана джерелом права, однак судові рішення, прийняті вищими судами деяких країн (Алжир, Єгипет, Ліван, Лівія, Іран, Ізраїль, Судан та ін.), фактично застосовуються в якості обов'язкових нижчестоячими судовими органами.

Сучасна правова доктрина ісламу не визнає судовий прецедент і судову практику джерелами ісламського права. Рішення судді не набувають обов'язкової сили ні для інших суддів, ні для суддів, що винесли таке рішення, при розгляді аналогічних справ. Рішення судів численні та різноманітні, тому ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права, бо це тільки судження морального характеру, що можуть зазнати будь-яких переглядів з метою покращення.

У сучасному Ізраїлі судова практика як джерело права формувалася під

впливом загального права. Так, до 1948 р. суди під час здійснення правосуддя застосовували англійську й палестинську судову практику, а після 1948 р. – ізраїльську судову практику.

## РОЗДІЛ 3

### СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

#### 3.1 Вплив судової практики на законодавчу діяльність

Законодавство, зважаючи на його динаміку розвитку, не встигає оперативно врегулювати усі суспільні відносини. Будь-який закон діє протягом тривалого періоду часу, залишаючись стабільним. Суспільні відносини постійно змінюються. Тому судова практика спрямована на забезпечення правильного та однакового застосування закону відповідно до мети, яка визначена під час його прийняття. Якщо закон не адаптований до зміни суспільних відносин, то у судовій практиці згодом накопичується інформація про поступове зростання протиріч між статикою норми й динамікою життя. У результаті ця інформація може потребувати оперативного прийняття правотворчого рішення.

У законотворчій діяльності беруть участь не лише конституційно визначені суб'єкти права законодавчої ініціативи, а й ряд інших. До них, крім Верховної Ради, можна віднести органи виконавчої, судової влади та місцевого самоврядування, а також юридичних осіб, об'єднання громадян, політичні партії, громадські організації, державні наукові установи, науково-дослідні центри, фахівців, окремих громадян та ін [80, с. 74].

У Конституції УРСР (1978 р.) закріплювалося право законодавчої ініціативи за Президією Верховної ради УРСР, Радою Міністрів УРСР, постійними та іншими комісіями УРСР, депутатами Верховної Ради УРСР, Прокуратурою УРСР, а також Верховним Судом УРСР [71].

У статті 15 Конституційного договору України (1995 р.) до суб'єктів законодавчої ініціативи було віднесено також Верховний Суд України і Вищий арбітражний суд України [70].

У Конституції України від 28 червня 1996 р. коло суб'єктів законодавчої ініціативи у Верховній Раді України обмежено. Право законодавчої ініціативи закріплено за Президентом України, народними депутатами України та Кабінетом Міністрів України. Однак, в українському Парламенті питання про надання Верховному Суду України права законодавчої ініціативи порушувалося неодноразово [148].

У науковому середовищі триває дискусія щодо розширення суб'єктів законодавчої ініціативи включно з Верховними Судом.

П. Пилипчук вказує, що не маючи права законодавчої ініціативи, Верховний Суд України розробляє та вносить законопроекти на розгляд Парламенту України, але не безпосередньо, а через інших суб'єктів законодавчої ініціативи Президента України, народних депутатів чи Кабінету Міністрів України. Однак, у багатьох випадках, розроблені ВСУ законодавчі напрацювання залишаються не реалізованими. На думку дослідника є нагальна потреба надати Верховному Суду України, внівши відповідні зміни до Конституції України, право законодавчої ініціативи [127]. О. Мудра дотримується такої ж позиції. Дослідниця вважає, що право законодавчої ініціативи, крім суб'єктів визначених ст. 93 Конституції України, повинно належати Верховному Суду України з питань його відання [106, с. 15].

Вивчаючи та аналізуючи досвід правового регулювання законодавчого процесу країн ЄС, Д. Ковриженко наголошує, що нетиповим для європейської практики є віднесення до суб'єктів права законодавчої ініціативи органів судової влади. Надання права законодавчої ініціативи органам судової влади (Верховному Суду України та/або відповідним вищим спеціалізованим судам), хоча і не позбавлене певної логіки, створює ризик додаткової політизації роботи відповідних органів за рахунок їх прямого залучення у законодавчий, а й у більш широкому сенсі – політичний процес [67, с. 4–5]. Ще одним аргументом проти надання права законодавчої ініціативи органам судової влади – суперечність установленій концепції поділу влади. Призначенням судів загальної юрисдикції є

здійснення правосуддя, зміст якого не може мати політичного характеру, і право законодавчої ініціативи найвищого судового органу у системі судів загальної юрисдикції поставило б під сумнів неполітичний характер діяльності цього органу [40, с. 58].

Якщо подивитися на практику інших країн, то у деяких державах органи судової влади все ж таки є суб'єктами законодавчої ініціативи. У Венесуелі, Бразилії, Гватемалі, Гондурасі, Домініканській Республіці, Еквадорі, Нікарагуа, Панамі, Парагваї та Сельвадорі до них віднесено верховний суд. В окремих пострадянських країнах суб'єктом права законодавчої ініціативи визнано не тільки верховний суд, а й суди спеціальної юрисдикції: в Азербайджані, Росії, Таджикистані і Узбекистані – конституційний суд, у Казахстані, Росії і Таджикистані – вищий арбітражний (економічний) суд. При цьому в Росії, як і названих латиноамериканських країнах, суд може вносити до парламенту законопроекти лише з питань його відання [199, с. 235].

Незважаючи на відсутність органів судової влади у переліку суб'єктів законодавчої ініціативи, одним з напрямів Стратегії розвитку судової системи в Україні на 2015–2020 роки передбачено її «активну участь у законотворчих процесах» [168]. Закріплено, що створення при Раді суддів України Комітету з питань стратегічного планування та законотворчих питань, забезпечуватиме єдність та ефективність суддівського корпусу у висловленні позицій щодо законодавчих ініціатив, які напряму стосуються відправлення правосуддя.

Необхідно зазначити, що Верховний Суд України з врахуванням проблемних питань судової практики активно розробляв проекти законів України, що спрямовані на законодавче вирішення різних проблем, що виникають у судовій практиці (*див. Додаток А*).

У статті 91 Закону України «Про регламент Верховної Ради України» передбачено, якщо законопроект, проект іншого акта вноситься за погодженням з відповідними органами виконавчої чи судової влади, до нього додається таке погодження [144].

Наведена норма Регламенту ВРУ передбачає, що для попередньої апробації законопроекту, відповідні матеріали слід надсилати до органів виконавчої чи судової влади. Таке надсилання має місце перед офіційним внесенням законопроекту до парламенту. Після вивчення відповідні законодавчі ініціативи можуть отримати підтримку з боку відповідних зацікавлених органів державної влади, компетенцію яких так чи інакше зачіпають пропоновані законодавчі новації. Відповідне погодження має бути підписане керівниками відповідних органів державної влади, а в разі їх відсутності – їх першими заступниками (заступниками). Погодження такими органами має, на відміну від переліку вміщеному в ч. 1 ст. 91 цієї статті, статус факультативних, а не обов'язкових супровідних документів. У той же час ані суб'єкти права законодавчої ініціативи, ані головний комітет і парламент у цілому не є пов'язаними з цими погодженнями по суті [83, с. 237–238].

Верховний Суд України, Вищий адміністративний суд України та Вищий спеціалізований суд України з питань розгляду цивільних і кримінальних справ активно залучалися до законодавчого процесу шляхом надання зауважень та висновків до законопроектів, внесених на розгляд Верховної Ради України (*Див. Таблиця 1, Таблиця 2, Таблиця 3*).

Пленум Вищого адміністративного суду України у Постанові «Про судову практику застосування адміністративними судами окремих положень Закону України від 8 липня 2011 року № 3674-VI «Про судовий збір» у редакції Закону України від 22 травня 2015 року 484-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору» (далі – Постанова) [147] проаналізував особливості і проблеми застосування адміністративними судами законодавчих нововведень щодо сплати судового збору.

Ці зміни породили низку питань у судовій практиці, про що свідчать звернення адміністративних судів, громадян та юридичних осіб. Також чимало питань в адміністративних судів виникло у зв'язку із застосуванням положень цього Закону під час визначення ставки судового збору за подання апеляційних

чи касаційних скарг у справах, в яких позовні чи інші заяви подано до 1 вересня 2015 року.

*Таблиця 1*

*Кількість зауважень та пропозицій Верховного Суду України до законопроектів, внесених на розгляд Верховної Ради України \**

| № з/п | Скликання Верховної Ради України | Рік  | Кількість зауважень та пропозицій до законопроектів |
|-------|----------------------------------|------|---|
| 1.    | VI скликання                     | 2008 | 167   |
|       |                                  | 2009 | 143   |
|       |                                  | 2010 | 66  |
|       |                                  | 2011 | 30  |
|       |                                  | 2012 | 34  |
| 2.    | VII скликання                    | 2013 | 111   |
|       |                                  | 2014 | 92  |
| 3.    | VIII скликання                   | 2015 | 67  |
|       |                                  | 2016 | 9   |

У цій Постанові акцентовано увагу на чималу кількість законодавчих не доопрацювань, що зумовило труднощі та колізії у реалізації та застосуванні положень Закону України «Про судовий збір» [146].

Для прикладу, судді вважають, що неоднозначно розуміються положення пункту 3 частини другої статті 3 Закону № 3674-VI, згідно з яким заяви про зміну чи встановлення способу, порядку і строку виконання судового рішення не є об'єктом справляння судового збору, та підпункту 6 пункту 3 частини другої статті 4 цього Закону, яким за подання такої заяви до адміністративного суду передбачена сплата судового збору – 0,3 розміру мінімальної заробітної плати.

Як показав аналіз судової практики, колізію між вказаними положеннями адміністративні суди вирішують на користь підпункту 6 пункту 3 частини другої

---

\* Дані наведені у Таблицях 1-3 отримано з офіційних веб-сайтів Верховного Суду України (<http://www.scourt.gov.ua/>), Вищого адміністративного суду України (<http://www.vasu.gov.ua/>) та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (<http://sc.gov.ua/>).



статті 4 Закону № 3674-VI як спеціальної норми та у разі несплати судового збору за подання такої заяви ухвалюють рішення про залишення заяви без руху, зобов'язуючи заявника сплатити судовий збір. Як приклад наведено ухвали Херсонського окружного адміністративного суду від 18 вересня 2015 року, Хмельницького окружного адміністративного суду від 29 вересня 2015 року.

Водночас, на думку суддів Вищого адміністративного суду України, єдиним способом усунення цієї колізії є внесення змін до Закону № 3674-VI та встановлення правил справляння судового збору за подання заяви про зміну чи встановлення способу, порядку і строку виконання судового рішення на основі єдиних вимог [147].

*Табл. 2*

*Кількість висновків Вищого адміністративного Суду України до законопроектів, внесених на розгляд Верховної Ради України*

| № з/п | Рік  | Кількість висновків до законопроектів |
|-------|------|---------------------------------------|
| 1.    | 2014 | 28                                    |
| 2.    | 2015 | 29                                    |
| 3.    | 2016 | 1                                     |

Ще на одну важливу проблему звертає увагу Пленум Вищого адміністративного суду України та пропонує її вирішення до моменту законодавчого врегулювання. Так, тривалий час навколо судової практики тривають дискусії з приводу розподілу адміністративних справ за характером спору на майновий та немайновий для реалізації вимог Закону № 3674-VI. До вирішення цього питання на законодавчому рівні запропоновано питання про розподіл вимог на майнові та немайнові вирішувати з урахуванням практики Верховного Суду України.

Враховуючи особливості справляння судового збору у справах, пов'язаних з виборчим процесом, з метою законодавчої визначеності статті 174, 175 КАС України потребують внесення відповідних змін.

Окрім надання пропозицій щодо внесення змін і доповнень до

законодавства, Вищий адміністративний суд України звертає увагу на необхідності законодавчого врегулювання конкретних суспільних відносин. У Постанові Пленуму Вищого адміністративного суду України «Про правове врегулювання відносин щодо реалізації права на митні зібрання» від 22 травня 2015 року № 5 [141] постановлено звернутися до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України стосовно необхідності правового врегулювання відносин щодо реалізації права на мирні зібрання.

У Зверненнях до вищих органів державної влади зазначено, що відсутність спеціального законодавчого акта з урегулювання строків сповіщення про мирні зібрання, їх форми, масовості, місця і часу проведення ускладнює не лише здійснення права на мирні зібрання на практиці, але й обурює суспільство, негативно впливає на міжнародний імідж держави та призводить до виникнення труднощів у судовій практиці при вирішенні судами справ цієї категорії [141].

*Табл. 3*

*Кількість зауважень та пропозицій Вищого спеціалізованого суду України з питань розгляду цивільних і кримінальних справ до законопроектів, внесених на розгляд Верховної Ради України*

| № з/п | Рік  | Кількість зауважень та пропозицій до законопроектів |
|-------|------|---|
| 1.    | 2011 | 4   |
| 2.    | 2012 | 3   |
| 3.    | 2013 | 13  |

Ще один напрям взаємодії правозастосовної практики й правотворчості полягає в тому, що в суспільному розвитку можуть виникати нові явища, які законодавцем не передбачені. Якщо виникає потреба правової регламентації, судова практика перша зіштовхнеться із цим фактом і це зумовлює необхідність пошуку виходу з ситуації, що склалася та застосування аналогії, яка саме по собі не є правотворчим процесом і тому не заповнює прогалини в праві, а правильно розцінюється тільки як спосіб їх подолання. Практика сприяє законодавцеві в

тому, щоб вчасно помітити нові тенденції суспільного розвитку й належним чином зреагувати на це.

Судова практика дозволяє законодавцеві звернути увагу на ті сфери суспільних відносин, які безпосередньо не відображені в законодавстві.

У цей час, у зв'язку з наділенням судових органів функціями контролю над відповідністю чинного законодавства Основному закону нашої держави – Конституції України – можна виділити ще один напрямок, який пов'язує правозастосовну практику й правотворчість.

Реалізуючи передбачену Конституцією України функцію судового контролю, судові органи мають реальну можливість не застосовувати законодавчі акти, які мають неправовий характер [51, с. 81].

Законодавча влада, розуміючи відповідальність того, що тільки вона має право видавати закони та інші нормативні акти, які мають юридичну силу закону, направляє максимальні зусилля на якість законодавчих актів.

Процес взаємодії законодавчої влади з суб'єктом, що володіє правом законодавчої ініціативи спрямований не тільки на розробку і прийняття законів, що регулюють суспільно-економічне життя суспільства, але на вдосконалення вже існуючого законодавства, часом не встигає за соціально-економічними відносинами в суспільстві, які стрімко розвиваються.

Підводячи підсумок, слід зазначити, що для підвищення ефективності законотворчої діяльності, необхідно між судовою та законодавчою владою запровадити взаємодію у сфері обміну інформацією про стан законодавства, а саме: необхідності внесення змін, доповнень, скасування та ухвалення нових правових норм. Слід доповнити частину 2 статті 36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» пунктом, про те, що Верховний Суд «періодично інформує Верховну Раду України про недоліки законів України, які були виявлені за результатами судових розглядів, та подає у зв'язку з цим рекомендаційні висновки по вдосконаленню законодавчих актів».

У зв'язку з цим, частину 2 статті 46 Закону України «Про судоустрій та

статус суддів» доповнити пунктом: «надає рекомендаційні висновки щодо вдосконалення законодавчих, актів недоліки в яких були виявлені за результатами судових розглядів».

Для здійснення моніторингу судової практики слід розробити єдині методичні рекомендації для системи судоустрою України. У цих рекомендаціях слід передбачити: суб'єктів та об'єкти моніторингу судової практики; чітку координацію дій між судами різних рівнів; процедуру проведення моніторингу судової практики; критерії, за якими такий моніторинг необхідно проводити; способи впровадження результатів моніторингу судової практики тощо.

Отже, сформована судова практика дозволяє не тільки оперативно врегулювати спірні суспільні відносини і виробити рекомендації однакового застосування судами нормативних актів, а й своєчасно сигналізувати про правотворчі недоліки, які виявленні під час застосування закону, безпосередньо впливати на законотворчу політику законодавчого органу з необхідністю прийняття правових норм за допомогою сформованої судової практики.

### **3.2 Судова практика вищих судових органів України як складова судової практики**

Особливе місце в юридичній науці посідає дискусія про правову природу постанов Пленуму Верховного Суду України та постанов і роз'яснень судів вищих інстанцій (наприклад, Вищого господарського суду). Навіть за радянських часів визнавалася керівна роль постанов Верховного Суду СРСР та верховних судів радянських республік у процесі здійснення правосуддя. Проте, незважаючи на те, що вчені визнавали вагоме значення вказаних документів для здійснення правосуддя, вони намагалися уникати вживання словосполучення «джерело права» по відношенню до них.

Постанови видаються з метою однакового застосування судами норм права. Необхідно визнати, що з моменту здобуття Україною незалежності постанови

Пленуму Верховного Суду, постанови та роз'яснення вищих судових інстанцій не тільки не втратили своєї значущості, а й почали відігравати більш вагому роль у процесі здійснення правосуддя. Причиною цього є велика кількість прогалин в законодавстві, у тому числі пенсійному, а також наявність в законодавстві формулювань, які дають підстави двояко тлумачити їх зміст. Необхідно зазначити, що згадані документи фактично тлумачать та доповнюють зміст нормативно-правових документів всіх рівнів – від відомчої інструкції до конституційного закону України, не будучи при цьому джерелом права (принаймні, офіційно визнаними джерелами права) [190, с. 57–58].

Правоположення, як результат судової практики, займають важливе місце в системі джерел права будь-якої правової системи: таким чином визначається роль судової практики в системі джерел права. Рішення судів з визнання недійсними актів державних органів влади містять правоположення (прецедентне) тлумачення, які виробляються судовою практикою шляхом конкретизації вищої норми в тих обставинах, що регламентуються спірною нижчою нормою, і такі рішення суду є безпосереднім джерелом права.

Нові правоположення, вироблені судовою практикою, узагальнені на засіданнях і викладені в постановах Пленуму Верховного Суду України як у джерелах права, містяться в таких двох групах постанов:

1) створення прецеденту тлумачення норм права шляхом різних видів конкретизації;

2) усунення прогалин у таких галузях права, де допускається використання аналогії права або аналогії закону [123, с. 316].

В процесі становлення України, як правової держави, по-новому постали питання щодо керівних роз'яснень Пленуму Верховного Суду. Особливо гострою стояла проблема незалежності суддів, оскільки необхідно було зробити ефективні кроки від суто «паперового» змісту принципу незалежності суддів, який існував і за радянських часів, до його нового реального наповнення. Відповідно деяким вченим і практикам стало здаватися, що саме в обов'язковому характері постанов

Пленуму міститься основна загроза незалежності суддів.

Конституція України визначила Конституційний Суд єдиним органом, на який покладається повноваження щодо офіційного тлумачення законів України. Отже, роз'ясненнями Пленуму Верховного Суду не можуть встановлюватися зразки інтерпретації законів, оскільки така діяльність відноситься до повноважень Конституційного Суду України. Однак, Конституційний Суд має повноваження з тлумачення тільки Конституції та законів України, а питання про те, який незалежний орган має право тлумачити, наприклад, постанови Кабінету міністрів України, автор залишив відкритим.

Однак, до липня 2001 р., до вступу в силу перших законів, спрямованих на тотальне реформування судової системи України, юридична сила роз'яснень визначалась ст. 40 Закону УРСР «Про судоустрій» від 5 червня 1981 року, яка зазначала, що роз'яснення Пленуму Верховного Суду України є «обов'язковими для суддів, інших органів і службових осіб, що застосовують закон, по якому дано роз'яснення». До речі, те ж саме було передбачено і Законом України «Про арбітражні суди» від 4 червня 1991 року стосовно роз'яснень Вищого Арбітражного Суду. Повторимося, що очевидно і ті й інші роз'яснення були фактично загальнообов'язковими, адже вони мали поширювати свою дію і на осіб, які застосовували закон і потенційно могли звернутися до суду.

Закон України «Про судоустрій» від 7 лютого 2002 року скасував дію попередніх двох законів і зазначив, що Верховний Суд і вищі спеціалізовані суди дають роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства без жодних застережень щодо обов'язковості таких роз'яснень.

Норми Закону України «Про судоустрій та статусу суддів» від 7 липня 2010 року № 2453 істотно звузили повноваження Верховного Суду України як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції. На це звертають увагу також представники судової влади. Його Пленум позбавлено право надавати судам роз'яснення з питань правозастосування на основі узагальнення судової практики [153, с. 36], а судові функції Верховного Суду України,

відповідно до статті 38 прийнятого Закону, звелися до перегляду судових рішень лише з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми матеріального права у подібних правовідносинах.

Після прийняття 7 липня 2010 року Закону України «Про судоустрій та статус суддів», Верховний Суд України не мав достатньо засобів та повноважень для ефективного забезпечення однакового застосування правових норм судами України. Окрім того, існував дисбаланс у розподілі функцій щодо забезпечення єдності судової практики між Верховним Судом України та вищими спеціалізованими судами. Основним засобом забезпечення єдності судової практики має бути процесуальний, зокрема, правові позиції постанов касацийних судів, а тому надання відповідних функцій Верховному Суду України залишалось першочерговим завданням судової реформи [183, с. 5].

У ч. 1 ст. 36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016 року № 1402-VIII, зазначено, що Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

Статтею 31 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» передбачено утворення та функціонування Вищих спеціалізованих судів (Вищий суд з питань інтелектуальної власності й Вищий антикорупційний суд) лише як судів першої інстанції з розгляду окремих категорій справ. До повноважень вищих спеціалізованих судів віднесено вивчення та узагальнення судової практики, інформування про результати узагальнення судової практики Верховний Суд України [146].

По даний час актуальним є питання щодо ролі судової практики Верховного Суду України, як вищого органу судової влади, у зв'язку з тим, що на нього покладалася функція забезпечення однакового застосування законодавства, єдності судової практики. Важливим інструментом для досягнення цієї мети слугували та слугують роз'яснення Верховного Суду України, прийняті у формі постанов Пленуму. Авторитет таких роз'яснень, теоретичне і практичне значення

правоположень, що в них містяться, важко переоцінити і правознавцям – теоретикам і, звісно, практикуючим юристам. Не дивно, що неодноразово за весь час існування Верховного Суду та його роз'яснень поставало питання про їх юридичну природу та потенційне місце в системі нормативно-правових актів. Квінтесенцію проблематики навколо Верховного Суду можна висловити таким чином: чи були (є) постанови Пленуму Верховного Суду (спочатку СРСР та УРСР, далі України) джерелами права?

Однозначних відповідей не було ані за радянських часів, ані сьогодні. Як вже зазначалось, офіційно право Суду на правотворчість не визнавалося, однак, поодинокі рішення Суду обходилося без підкріплення (хоча б фактичного, якщо не формального) своєї позиції посиленням на відповідні постанови Пленуму Верховного Суду СРСР чи УРСР.

За підсумками III Міжнародного судово-правового форуму «Судова реформа в Україні: європейський вектор» (м. Київ 19–20 березня 2015 року) сформульовано рекомендації, в яких увагу приділено питанням судової практики. У п. 5 рекомендацій наголошено, що «Верховний Суд України має забезпечувати ефективність національної правової системи та дію принципу верховенства права. Єдність судової практики необхідно досягати не тільки шляхом виправлення тих помилок, які судова система вже допустила, а й шляхом спрямування судової практики в правильне русло й передбачення таких процесуальних механізмів превентивного впливу, як преюдиціальний чи консультативний запит, передбачивши відповідні процедури в процесуальних кодексах України» [154, с. 13]. Постанови Пленуму тут виступають необхідним аргументом чи інструментом для закликання нижчестоящего суду до правильної юридичної кваліфікації дій тієї чи іншої сторони, оцінювання доказів тощо. І питання вже полягає навіть не в тому, чи обов'язкові роз'яснення чи необов'язкові, а в доцільності цих роз'яснень.

Проаналізувавши загалом тези більшості дослідників, що виступали проти визнання нормативного характеру постанов Пленуму Верховного Суду України



(і факту судової правотворчості взагалі), можна зробити висновок, що основні їхні аргументи, як і за радянських часів, так і зараз, є такі (наводимо одразу їхні контраргументи).

1. Судді підкоряються тільки закону, судова діяльність здійснюється виключно на основі закону, і можливість визнання права суду на правотворчість порушило б принцип законності. Хоча органи державного управління, в той же час, також здійснюючи свою діяльність виключно на підставі закону, можуть видавати і видають нормативно-правові акти, які не суперечать закону, а конкретизують і деталізують його. Однак, аналогічне право за судом заперечується, проте фактичний зміст роз'яснень Верховного Суду свідчить про протилежне. А принцип законності тут проявляється в тому, що як правотворчість органів виконавчої влади, так і судова правотворчість, завжди вторинні, вони не повинні мати пріоритет перед законом.

2. Обов'язковість постанов Пленуму Верховного Суду порушує принцип незалежності суддів. У той же час дотримання судами рішень Конституційного Суду, що містять офіційне тлумачення, не є порушенням незалежності суддів.

3. Видання нових правових норм є виключним повноваженням законодавчої влади, функція ж суду полягає у здійсненні правосуддя, забезпеченні точного і неухильного виконання законів усіма установами, організаціями, посадовими особами і громадянами. Важко не погодитися з такими очевидними речами. Однак, це не означає, що Верховний Суд в певних випадках, особливо за наявності прогалин у праві, не може усувати їх прийманням своїх постанов, які стають джерелами права. Приклади з практики Верховного Суду яскраво свідчать про це. Саме дотримання таких постанов усіма судами і гарантує забезпечення однакового застосування діючого законодавства.

Особливо актуальним на сьогодні є також питання про рішення Верховного Суду з конкретних справ. Як ми вже неодноразово згадували, національна правова система історично розвивалася в традиціях романо-германської правової сім'ї. Ця обставина багато в чому визначила місце твердженню, яке рідко

викликає сумніви, що рішення вищої судової інстанції – Верховного Суду – не можуть бути джерелом права. Разом з тим, очевидно не варто доводити, що в рішеннях Верховного Суду з конкретних справ часто формується певне розуміння правових норм, яке сприймається надалі практикою і застосовується судами та іншими органами.

Континентальне право взагалі, а українське зокрема, відрізняється високим ступенем абстрактності норм та граничною лаконічністю мови законодавства. Особливо це стосується галузі кримінального права, де оціночним поняттям присвячено найбільший відсоток наукових досліджень. Такі властивості законів, як наслідок, мають той факт, що в деяких випадках тільки рішення вищих судових органів, у штаті яких судді мають найбільший досвід, кваліфікацію і авторитет, можуть відповісти на питання про те, яким є конкретний зміст тієї чи іншої абстрактної норми. При цьому більшості країн романо-германської правової сім'ї притаманний, так би мовити, підвищений статус правоположень, що містяться в рішеннях вищих судових інстанцій, якщо не сказати більше.

Прийняття Верховною Радою України нових законів спричиняє труднощі у застосуванні положень цих актів судами.

Набрання чинності 16 жовтня 2014 року Закону України «Про очищення влади» [135] зумовило появу в адміністративному судочинстві нової категорії спорів, що виникають між органами перевірки та посадовими або службовими особами, щодо яких здійснюється така перевірка, з приводу висновків про результати перевірки. Судова практика з приводу застосування зазначеного Закону перебуває у стадії формування. Аналіз судової практики у цій категорії справ Вищим адміністративним судом України виявив різні підходи до вирішення питань щодо: визначення критеріїв здійснення очищення влади (люстрації), пов'язаних зі висновками про результати перевірки; співвідношення антикорупційного та люстраційного законодавства щодо юридичних наслідків, які наступають за результатами перевірки; дотримання порядку перевірки [176].

До речі, те ж саме варто сказати і про роз'яснювальну діяльність Вищого

Господарського Суду, яка є одним з основних засобів забезпечення єдності судової практики в господарській сфері. Попередники сучасних роз'яснень – Інструкції Державного арбітражу СРСР та союзних республік – були загальнообов'язковими і вважалися джерелами права. Вони роз'яснювали застосування рішень Ради Міністрів СРСР та союзних республік у господарській сфері. Поступова еволюція Державного арбітражу, як органу виконавчої влади, що призвела до трансформації його у арбітражні суди, а потім у господарські суди, викликала постановку питання про обов'язковість роз'яснень цих органів. Причини знову ті ж самі: незалежність суду, неможливість здійснення судом правотворчої діяльності тощо. Сучасним законодавством про судоустрій таким роз'ясненням, так само як і роз'ясненням Верховного Суду не надано обов'язкової сили. Хоча, порівнюючи сучасні роз'яснення з радянськими, приходимо до висновку, що вони різні за формою, але не за суттю. Вони так само продовжують широко використовуватись і юристами-практиками, і суб'єктами господарювання, і самими суддями. Зміна їх статусу, на нашу думку, невиправдана, оскільки позбавлення обов'язковості роз'яснень вищих судових органів жодним чином не сприятиме однаковому застосуванню законодавства всіма судами.

Правові позиції, що містяться у постановках Пленуму Вищого господарського суду, можуть бути при цьому протрактовані як система правових висновків, аргументів і положень, що відображають ставлення Вищого господарського суду до тих чи інших проблем як праворозуміння, так і правозастосування, є результатом його діяльності з тлумачення правових норм, які застосовуються при вирішенні певних категорій господарських спорів. Зміст відповідних правових позицій складають судження та висновки Вищого господарського суду, викладені в постановках Пленуму. Сутність правових позицій Вищого господарського суду полягає у їх регулятивній дії, оскільки вони слугують для нижчестоящих господарських судів авторитетними еталонами розуміння роз'яснювальних правових норм.

Рекомендаційні роз'яснення Пленуму Вищого господарського суду України,

як один із механізмів забезпечення єдності судової практики у господарському судочинстві, тісно пов'язані зі законом, оскільки в них ідеться про застосування останнього.

Слід зазначити, що Пленум вищого господарського суду України не є правотворчим органом, а значить, за своїми повноваженнями не вправі змінювати або доповнювати норми права.

Рекомендаційні роз'яснення Пленуму Вищого господарського суду України – це передусім акти, судового тлумачення, яким, з одного боку, властивий нормативний характер, а з іншого – похідний характер принаймні щодо норм права, які роз'яснюються. Властивим для них є також формально-визначений та не персоніфікований характер [174, с. 245].

У той же час подібний статус відповідних актів судового тлумачення (рекомендаційних роз'яснень Вищого господарського суду) передбачає необхідність визначення на законодавчому рівні низки питань, пов'язаних з їх дією у правовому полі: щодо порядку їх обов'язкового офіційного оприлюднення; співвідношення юридичної сили цих актів з юридичною силою нормативно-правових актів, як самостійних джерел права; щодо можливостей судового контролю за ними; порядку застосування цих актів у господарському судочинстві. Існуючу невизначеність у питаннях щодо правового статусу постанов Пленуму Вищого господарського суду та порядку їх застосування потрібно усунути [193, с. 246].

Узагальнюючи все вищесказане в підрозділі 3.2 можна зробити такі висновки:

1. Авторитет і значення роз'яснень Верховного Суду України, прийнятих у формі постанов Пленуму, були завжди значними у весь період існування Суду, оскільки поодинокі рішення суду обходилося без підкріплення своєї позиції посиланням на відповідні постанови Пленуму Верховного Суду СРСР, чи УРСР, чи України.

2. Протягом всієї своєї історії залишається в теорії дискусійним питання про

визнання постанов Пленуму Верховного Суду джерелами права. Проте нами надані поетапні спростування всіх основних наукових аргументів проти такого визнання. Окрім того, на його захист яскраво свідчить сама практика Верховного Суду. За певних часів пануючої законодавчої запущеності, Пленум фактично поповнював прогалини в праві шляхом керівних вказівок (роз'яснень), які при подальшій кодифікації законодавства були повністю чи частково запозичені законодавцем.

3. Роз'яснення, які містяться в постановах Пленуму Верховного Суду, не є судовими прецедентами в класичному варіанті загального права. Однак, той факт, що постанови Пленуму не є судовими прецедентами, не свідчить в свою чергу, що вони не є джерелами права, в яких містяться нові правоположення. Такі нові правоположення, що вироблені судовою практикою, узагальнені на пленарних засіданнях і викладені в постановах Пленуму як у джерелах права містяться в таких двох групах постанов: а) створення прецеденту тлумачення норм права шляхом різних видів конкретизації; б) усунення прогалин у тих галузях права, де допускається використання аналогії права та/чи аналогії закону.

4. Окрему вагому форму прояву судової практики в системі джерел права України складають рішення, які прямо застосовують Конституцію. Оскільки Конституція України має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії, суди при розгляді конкретних справ мають оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акта з точки зору його відповідності Конституції і в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії. Оскільки норми Конституції носять абстрактний характер, то в таких рішеннях є нове судове тлумачення, детальніше регламентовані суспільні відносини. Якщо ж нормативно-правовий акт не відповідає Конституції, а отже не підлягає застосуванню, то цей факт обов'язково повинен бути доведений до загального відома.

Отже, такі рішення, являючись прецедентами тлумачення, обов'язково повинні підлягати опублікуванню в разі набрання ними законної сили, особливо

рішення Верховного Суду, і за цієї умови визнаватись джерелами права.

### **3.3 Основні тенденції розвитку судової практики як джерела права в Україні**

Однією з тенденцій розвитку системи джерел права України є проникнення прецедентних засад у вітчизняну правову систему, що має важливе значення, оскільки суперечить вітчизняній правовій доктрині, згідно з якою судові органи влади не можуть мати правотворчих повноважень [123, с. 311].

На думку Н. Пархоменко на сучасному етапі надання суду правотворчих повноважень і визнання судового прецеденту джерелом права може розбалансувати систему розподілу влад, що не буде відповідати основним засадам правової, демократичної держави та суперечитиме існуючій сталій практиці державотворення і правотворення, хоча в майбутньому існує можливість входження судового прецеденту до системи джерел права України [123, с. 315].

Вищезазначена позиція Н. Пархоменко заслуговує на увагу, однак, слід зазначити, що дані висновки мають спірний характер, оскільки: юридична сила не може ґрунтуватися лише на авторитеті органу державної влади, на це має бути конституційне уповноваження; офіційне опублікування також не є визначальною ознакою джерела права; здійснювати аналіз нормативно-правових актів на відповідність Конституції України – це не повноваження Верховного Суду України, а Конституційного Суду України [123, с. 317].

Ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та Протоколи до неї [142] законодавець наголосив, що «Україна повністю визнає на своїй території дію ... щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції».

У науково-методичному посібнику «Застосування практики Європейського Суду з прав людини в адміністративному судочинстві» за авторством Т. І. Фулей

зазначено, що законодавче визначення обов'язкової юрисдикції ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції, зумовлює вивчення практики ЄСПЛ та застосування національного законодавства з урахуванням позиції ЄСПЛ, оскільки саме в рішеннях ЄСПЛ розкривається зміст більшості положень Конвенції [189, с. 6].

Згодом у ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачено, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [177]. При цьому варто зауважити, що йдеться саме про «практику Суду» у значенні, розкритому у статті 1 цього Закону, тобто практику ЄСПЛ та Європейської комісії з прав людини, а не лише про рішення щодо України. Важливо пам'ятати, що у Законі № 3477-IV немає положень, які б забороняли застосовувати рішення чи ухвали ЄСПЛ, постановлені щодо інших країн.

У разі, коли Суд визнає факт порушення прав заявника з боку держави-відповідача, така держава зобов'язана не тільки вжити заходів індивідуального характеру (наприклад, виплатити справедливую сатисфакцію чи здійснити перегляд справи у судовому порядку), але також у багатьох випадках вжити певних заходів загального характеру. Відповідно до статті 13 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», заходи загального характеру вживаються з метою усунення зазначеної в рішенні Суду системної проблеми та її першопричини – недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого Судом порушення, а також усунення підстави для надходження до Суду заяв проти України, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в Суді. Заходами загального характеру, зокрема, є:

- 1) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування;
- 2) внесення змін до адміністративної практики;
- 3) забезпечення юридичної експертизи законопроектів і забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду для

прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, працівників імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також з триманням людей в умовах позбавлення свободи та інші заходи [189, с. 6–7].

М. Савенко звертає увагу, що сформульоване ЄСПЛ правове положення є правовим орієнтиром у вирішенні спірного питання щодо конкретного права. Однак, здійснення захисту ЄСПЛ, як останньою інстанцією, не означає, що сформульоване ним правове положення треба розглядати як догму. Розбіжності судової практики ЄСПЛ і національних судів не мають системного характеру, однак не варто нехтувати ними, а треба визначити порядок їх усунення. Це сприятиме підвищенню ролі судової практики, однозначному застосуванню положень Конвенції та національного законодавства, виваженому підходу до формування правового положення, його обґрунтування [156, с. 53].

Але й досі залишається проблема правильного врахування таких рішень у судовій практиці, оскільки часто вони застосовуються судами України помилково, що насамперед пов'язується з неправильним тлумаченням окремих висновків Європейського суду з прав людини. Крім того, як би це категорично не звучало, зустрічаються також і випадки «зловживання» практикою Європейського суду з прав людини для надання судовому рішенню більшої ваги – йдеться про ті випадки, коли рішення Європейського суду застосовуються недоречно або до тих спірних правовідносин, яких вони взагалі не стосуються.

Тому пріоритетним напрямом роботи в цьому сенсі повинна бути систематизація рішень Європейського суду з прав людини з метою їх правильного застосування при вирішенні конкретних категорій справ, у тому числі адміністративних [161, с. 157–158].

Суд при застосуванні рішень ЄСПЛ як джерела права має: а) чітко зазначити, порушення саме якої статті Конвенції або протоколів до неї є у даній справі, та б) показати зв'язок між фактичними обставинами, в яких ЄСПЛ дійшов того чи іншого висновку, та справою, в якій український суд застосовуватиме



такий висновок [52, с. 22].

Використовуючи практику ЄСПЛ у процесі оцінки доказів, слід пам'ятати, що функцією ЄСПЛ за ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод є не визначати, чи певні докази були отримані незаконно, а перевірити, чи така «незаконність» потягнула за собою порушення іншого права, захищеного Конвенцією. У межах розгляду справи питання, на яке слід надати відповідь: чи провадження у цілому, включаючи спосіб отримання доказів, було справедливим у розумінні ст. 6 Конвенції [166, с. 106].

Рішення ЄСПЛ мають бути застосовані українськими судами обов'язково, але таке застосування повинно бути обґрунтованим: адекватним, виваженим, виправданим. Водночас залишається проблемою необґрунтоване, формальне, а не змістове застосування практики ЄСПЛ, зокрема, коли рішення ЄСПЛ суд зазначає в рішенні, цитує окремі його пункти, але насправді вириває з контексту рішення деякі висновки ЄСПЛ та зводить їх до абсолюту. Про це свідчить застосування рішень ЄСПЛ у таких справах, як «Стретч проти Сполученого Королівства» (у спорах, що стосуються повернення майна (у тому числі земельних ділянок) у державну або комунальну власність) та «Ісмаїлов проти Російської Федерації» (у спорах, що стосуються конфіскації майна як адміністративного стягнення за порушення митних правил) [28, с. 8].

Досліджуючи застосування правових позицій Європейського суду з прав людини, Л. М. Москвич за результатами моніторингу судової практики місцевих та апеляційних судів, робить висновок, що якість посилань на рішення Європейського суду з прав людини залишається низькою. Має місце не лише відсутність обґрунтованості в способах застосування посилань на правові позиції ЄСПЛ, що містяться в його рішеннях, а і їх повна відсутність поряд із некоректним використанням самих правових позицій на підставі фактичної подібності «фабул» справ, без урахування всього комплексу юридично значущих обставин. Що ж стосується вищих судів, то хоча вони й застосовують у своїх актах європейські стандарти прав людини, але не прагнуть активно розширювати

застосування цих стандартів нижчими судами. Це перешкоджає процесу уніфікації стандартів у галузі прав і свобод людини і не сприяє орієнтації нижчестоящих судів загальної юрисдикції на правильне і коректне використання правових позицій ЄСПЛ при відправленні правосуддя, що, в кінцевому підсумку, перешкоджає реалізації тих цілей, на досягнення яких були спрямовані ратифікація Конвенції і визнання юрисдикції ЄСПЛ [105, с. 328].

Сам ЄСПЛ у своїх постановках керується своєю попередньою практикою, однак при цьому він не зв'язаний суб'єктивним складом прецеденту. І при викладі своїх рішень за скаргами проти України ЄСПЛ посилається на свою прецедентну практику у справах проти інших держав. І це відповідає принципу правової визначеності. Такий підхід відповідає очікуванням того, що тлумачення норм Конвенції не буде знаходитися в залежності від суб'єктивного складу справи розглянутого ЄСПЛ і робить прогнозованим рішення суду.

Отже, при застосуванні норм ЄКПЛ українські судді повинні брати до уваги всю практику ЄСПЛ як щодо України, так і практику, сформовану в ході розгляду скарг, поданих проти інших держав (причому і ту практику, яка була сформована у справах, розглянутих і до приєднання України до Конвенції). Тільки такий підхід допоможе уникнути Україні вчинення нових порушень Конвенції. Однак для реалізації даного підходу перш за все потрібно забезпечити доступність практики ЄСПЛ для українських суддів.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що практика ЄСПЛ відносно практики українських судів виконує роль переконливого прецеденту, в якому суть викладеного правового рішення (правової позиції) Верховний Суд та Вищі спеціалізовані суди зобов'язані брати до уваги, що стосуються вже вирішених ними справ (якщо вони здійснюють повторний розгляд справи відповідно до встановленої процедури) і за умови спроможності взяти до уваги це рішення без порушення норм національного права. Що ж до практики інших судів, то вони зобов'язані враховувати правові позиції ЄСПЛ, викладені в його рішеннях, оскільки вони по суті є роз'ясненням ЄКПЛ. Разом із тим стабілізації ситуації

сприятиме офіційне тлумачення Конституційним Судом України ст. 9 Конституції України [105, с. 335].

Практика ЄСПЛ повинна застосовуватися національними судами як особливе джерело права з урахуванням того, що рішення ЄСПЛ за своєю правовою природою не містять однозначних, жорстких, безальтернативних правил. Навпаки, вони у своїй основі – це висновок, який міститься в їх мотивувальній частині, набір обов'язкових і необов'язкових тверджень, а тому рішення ЄСПЛ не слід розглядати як безумовний прецедент [28, с. 8].

На судах лежить важлива місія – захищати права людини і основоположні свободи, що є основним завданням їх діяльності у правовій державі. Тому суди мають формувати єдині орієнтири та єдині підходи при вирішенні справ, щоб громадяни могли планувати і передбачувати наслідки своєї діяльності, захищати свої права всіма засобами, що не суперечать закону, зокрема і в судах. Такі єдині підходи ґрунтуються на фундаментальних правових цінностях та принципах, які пронизують усю національну правову систему і є фундаментом законодавства, і судової практики. З точки зору звичайного громадянина вони є своєрідними маркерами, ціннісними орієнтирами щодо правомірності власної поведінки та діяльності органів публічної влади.

У цій системі координат важливе місце посідає Конституція, яка є загальним мірилом обмеження свавілля влади та гарантій прав і свобод людини. Тому питання забезпечення верховенства Конституції у діяльності судів загальної юрисдикції стає ключовим. За таких умов Конституцію аж ніяк не можна розглядати як декларацію, яку суд може застосувати лише у разі її конкретизації і розвитку в поточному законодавстві. З точки зору прав людини, така позиція є нічим іншим, як порушенням їх, по суті, запереченням сутності правосуддя як юридичного феномену. Навпаки, положення Конституції мають [158, с. 25] зобов'язальний характер як юридичного документа, який оформлює межі втручання держави у приватне життя. Звідси випливає: суди повинні мати на увазі, що кожна особа з огляду на статтю 3 Конституції України має право вимоги

перед державою захищати її порушені права, а держава відповідно несе негативні й позитивні обов'язки, зокрема, щодо доступу до справедливого судового захисту. Такий обов'язок захисту покладає на суди місію забезпечити хоча б мінімальний стандарт забезпечення прав і свобод людини.

Обов'язок захисту державою основних прав визначається через пряму дію положень Конституції та її горизонтального ефекту. Пряма дія Конституції зобов'язує суди застосовувати її положення і захищати права та свободи людини як безпосередньо чинне право навіть у випадку відсутності закону, який ухвалено на конкретизацію і деталізацію конституційних положень. Звісно, питання захисту соціальних прав є окремим питанням і в цій сфері пряма дія конституційних норм залежить також від законодавчого регулювання, соціальної політики та низки інфраструктурних речей. У свою чергу, горизонтальний ефект Конституції поширюється на приватноправову сферу і зумовлює певний мінімальний стандарт якості правових процедур забезпечення стабільності і додержання зобов'язань між контрагентами у правочинах та вимоги належної правової процедури у ході вирішення цивільно-правових чи господарсько-правових спорів.

Єдність судової практики також ґрунтується на обов'язкові судів загальної юрисдикції слідувати сталій практиці КСУ. Зокрема, це може виражатися у переглядові раніше ухвалених рішень у разі, коли буде встановлено, що суди ухвалювали рішення на основі положень закону, визнаного неконституційним. Така вимога ґрунтується на статті 150 Конституції, яка визначає нормативність рішень КСУ, а відсутність відповідних застережень у процесуальних кодексах є нічим іншим, як засобом процесуальної економії. Така ж сама ситуація має місце при інцидентному конституційному контролі, оскільки стаття 83 Закону про КСУ накладає на суди загальної юрисдикції у разі виникнення сумнівів щодо конституційності положень закону, застосування якого істотно впливає на зміст рішення, клопотати перед Верховним Судом України щодо внесення конституційного подання до єдиного органу конституційної

юрисдикції [158, с. 26].

Аналізуючи ситуацію в нашій країні, ми переконуємося в необхідності використання судових рішень як джерела права для усунення прогалин чинного законодавства, створення мобільної системи права, яка йде ногу зі часом. Процеси прийняття законів «розтягуються» на довгі роки, відкриваючи дорогу свавіллю в тих сферах життєдіяльності суспільства, які не врегульовані законодавством [188, с. 27].

Завдяки судовій практиці стає очевидним, які переваги має новий КПК України порівняно зі старим кримінально-процесуальним законодавством. Водночас судова практика висвітлює і окремі недоліки нового КПК, які не вкладаються в його загальну концепцію – забезпечення верховенства права та спрямованість на дотримання прав людини і громадянина у кримінальному провадженні. Вона показує, що нечіткість, розпливчастість окремих норм закону викликають у суддів їх різне бачення, що відповідно призводить до їх застосування [198, с. 116].

Роль і значення судової практики не повинні зводитися лише до забезпечення однакового застосування судами положень законодавства. Верховний Суд має і може здійснити активний вплив на зміст законодавства, оскільки в положеннях і роз'ясненнях судової практики деталізуються недоліки нормативно-правових актів, і водночас, знаходять свій прояв оптимальні варіанти їх подолання. У разі розбіжностей в правових позиціях вищих спеціалізованих судів і ВСУ, викладених в їх рекомендаційних роз'ясненнях, судам відповідної юрисдикції належить враховувати правові позиції Пленуму ВСУ.

З метою підвищення ефективності впливу судової практики на вирішення проблем застосування положень цивільного, господарського, адміністративного та кримінального законодавства, доцільно прийняти відповідну постанову Верховного Суду, поклавши в її основу правові позиції як Верховного Суду України так і Вищих спеціалізованих судів України.

У судовій практиці щодо вирішення колізій між кодексом і законом є

прийнятним теоретичний підхід, відповідно до якого кодекси та інші закони мають однакову юридичну силу. Тому розв'язання таких колізій повинно відбуватися на підставі правил подолання темпоральних (пріоритету норми акта, що був прийнятий пізніше) та змістовних (пріоритету акта, що містить спеціальну норму) колізій норм права. Сприйняття судовою практикою такого теоретичного підходу щодо співвідношення кодексу і закону обумовлене буквальним тлумаченням розглянутих вище положень кодексів, з яких, на жаль, практично неможливо зробити остаточного висновку щодо надання вищої сили кодексам відносно законів. За обраної позиції рівності юридичної сили кодексу і закону суб'єкт застосування правових норм «не зв'язаний» формальною необхідністю керуватися нормою кодексу. Перевага теоретичного підходу рівності юридичної сили кодексу і закону обумовлена тим, що використання правил подолання темпоральних і змістовних колізій норм права дає змогу суб'єктові застосування правової норми обрати з них саме ту, яка найбільш вдало та ефективно регулює певну сферу суспільних відносин незалежно від того, міститься вона в кодексі чи в будь-якому іншому законі [104, с 21].

Стабільність судової практики залежить від якості сформульованих у рішенні суду правових положень, їх правової обґрунтованості, переконаності, завершеності, чіткості та зрозумілості. Неправильні або сумнівні правові положення швидше за все не будуть використовуватися іншими судами [157, с. 37].

Суддям України необхідно вжити дієвих заходів для забезпечення єдності судової практики та підвищення ефективності правосуддя, при розгляді справ враховувати правові висновки Верховного Суду України щодо застосування норм права, викладених у постановках, що прийняті за результатами розгляду заяв про перегляд судових рішень з підстав неоднакового застосування судами касаційної інстанції норм матеріального та процесуального права [201].

### Висновки до розділу 3

1. Для підвищення ефективності законотворчої діяльності необхідно між судовою та законодавчою владою запровадити взаємодію у сфері обміну інформацією про стан законодавства, а саме: необхідності внесення змін, доповнень, скасування та ухвалення нових правових норм. Слід доповнити частину 2 статті 36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» пунктом, про те, що Верховний Суд «періодично інформує Верховну Раду України про недоліки законів України, які були виявлені за результатами судових розглядів, та подає у зв'язку з цим рекомендаційні висновки по вдосконаленню законодавчих актів».

У зв'язку з цим, частину 2 статті 46 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» доповнити пунктом: «надає рекомендаційні висновки щодо вдосконалення законодавчих актів, недоліки в яких були виявлені за результатами судових розглядів».

2. Судова практика дозволяє не тільки оперативно врегулювати спірні суспільні відносини і виробити рекомендації однакового застосування судами нормативних актів, а й своєчасно сигналізувати про неблагополуччя справ у зв'язку із застосуванням закону, безпосередньо впливати на законотворчу політику з метою формування правових норм за допомогою виробленої практикою судово-нормативної матерії, прообразом майбутніх правових норм.

3. Авторитет і значення роз'яснень Верховного Суду України, прийнятих у формі постанов Пленуму, були завжди значними у весь період існування Суду, оскільки поодинокі рішення суду обходилося без підкріплення своєї позиції посиланням на відповідні постанови Пленуму Верховного Суду СРСР, чи УРСР, чи України.

4. Протягом всієї своєї історії залишається в теорії дискусійним питання про визнання постанов Пленуму Верховного Суду джерелами права. Проте нами надані поетапні спростування всіх основних наукових аргументів проти такого

визнання. Окрім того, на його захист яскраво свідчить сама практика Верховного Суду. За певних часів пануючої законодавчої запущеності, Пленум фактично поповнював прогалини в праві шляхом керівних вказівок (роз'яснень), які при подальшій кодифікації законодавства були повністю чи частково запозичені законодавцем.

5. Роз'яснення, які містяться в постановах Пленуму Верховного Суду, не є судовими прецедентами в класичному варіанті загального права. Однак, той факт, що постанови Пленуму не є судовими прецедентами, не свідчить в свою чергу, що вони не є джерелами права, в яких містяться нові правоположення. Такі нові правоположення, що вироблені судовою практикою, узагальнені на пленарних засіданнях і виявлені в постановах Пленуму як у джерелах права містяться в таких двох групах постанов: а) створення прецеденту тлумачення норм права шляхом різних видів конкретизації; б) усунення прогалин у тих галузях права, де допускається використання аналогії права та/чи аналогії закону.

6. Континентальне право взагалі, а українське зокрема, відрізняється високим ступенем абстрактності норм та граничною лаконічністю мови законодавства. Такі властивості законів мають наслідком той факт, що в деяких випадках тільки рішення вищих судових органів, що містять казуальне тлумачення законодавчих норм, можуть відповісти на питання про те, яким є конкретний зміст тієї чи іншої абстрактної норми. Більшості країн романо-германської правової сім'ї притаманний підвищений статус правоположень, що містяться в рішеннях вищих судових інстанцій. Прийнято вважати, що рішення Верховного Суду з конкретних справ, в яких міститься казуальне тлумачення, як правило сприймається нижчестоящими судами в силу їхньої переконливості, аргументованості, але не обов'язковості, хоча існують певні законодавчі передумови для цього.

7. Окрему вагому форму прояву судової практики в системі джерел права України складають рішення, які прямо застосовують Конституцію. Оскільки Конституція України має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами



прямої дії, суди при розгляді конкретних справ мають оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акта з точки зору його відповідності Конституції і в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії. Оскільки норми Конституції носять абстрактний характер, то в таких рішеннях є нове судове тлумачення, по-новому регламентовані суспільні відносини. Якщо ж нормативно-правовий акт не відповідає Конституції, а отже не підлягає застосуванню, то цей факт обов'язково повинен бути доведений до загального відома. Отже, такі рішення, являючись прецедентами тлумачення, обов'язково повинні підлягати опублікуванню в разі набрання ними законної сили, особливо рішення Верховного Суду, і за цієї умови визнаватися джерелами права.

8. Роль і значення судової практики не повинні зводитися лише до забезпечення однакового застосування судами положень законодавства. Верховний Суд має і може здійснити активний вплив на зміст законодавства, оскільки в положеннях і роз'ясненнях судової практики деталізуються недоліки нормативно-правових актів, і водночас, знаходять свій прояв оптимальні варіанти їх подолання. У разі розбіжностей в правових позиціях вищих спеціалізованих судів і ВСУ, викладених в їх рекомендаційних роз'ясненнях, судам відповідної юрисдикції належить враховувати правові позиції Пленуму ВСУ.

З метою підвищення ефективності впливу судової практики на вирішення проблем застосування положень цивільного, господарського, адміністративного та кримінального законодавства, доцільно прийняти відповідну постанову Верховного Суду, поклавши в її основу правові позиції як Верховного Суду України так і Вищих спеціалізованих судів України.

## ВИСНОВКИ

У дисертаційній роботі на основі одержаних наукових та практичних результатів вирішено поставлене наукове завдання щодо дослідження теоретико-правових аспектів судової практики як джерела права. Розв'язанню поставленого в дисертації завдання сприяли філософські, загальнонаукові та спеціальні методи дослідження, за допомогою яких обґрунтовано достовірні результати, що мають якісні та кількісні показники судової практики як джерела права.

1. Сучасні судові акти вищих інстанцій слугують важливими регуляторами поведінки суб'єктів права, еталоном однакового правового застосування з характерними ознаками прецеденту.

Визначено, що судова практика – це певний результат, підсумок судової діяльності, в певному виді судочинства, заснований на досвіді та суддівському розсуді, закріплений в судовому акті та містить правові положення, тлумачення норми права, правові позиції, принципи і є прикладом для правозастосування судами нижчих інстанцій.

Судова практика вищих судових органів є джерелом права лише тоді, коли в судовому акті: закріплені положення, що роз'яснюють специфіку застосування нормативних актів; вироблені нові правові правила матеріального і/або процесуального характеру; дано тлумачення правової норми; сформульовано правову позицію, якою подолано прогалину, дефект або колізію в нормативно-правовому акті. Особливість судової практики як джерела права, створеної вищими судовими органами, визначається її прецедентним характером, спрямованим на регулювання суспільних відносин.

2. Встановлено та проаналізовано історичні етапи розвитку судової практики: 1) судова практика у Київській Русі, Галицько-Волинському князівстві, Гетьманщині, Російській імперії, Українській Народній Республіці (з кінця IX ст. і до 1917 р.); 2) судова практика в радянській правовій системі (з 1917 р. і до 1991 р.); 3) судова практика в правовій системі сучасної України (з 1991 р. і по

теперішній час).

3. Проведено класифікацію судової практики за видами залежно від критеріїв, ознак. Розглянуто класифікацію як один із способів наукового пізнання, що дозволяє під певним кутом зору розкрити як внутрішні структурні взаємозв'язки судової практики, так і зовнішні форми її прояву, співвідношення з широким соціальним контекстом, що відкриває нові можливості в дослідженні даного явища.

Запропоновано класифікацію судової практики (з урахуванням її статичної і динамічної) за наступними критеріями:

- 1) за юридичною силою;
- 2) за функціональністю;
- 3) за суб'єктами;
- 4) за об'єктом;
- 5) за судовими актами;
- 6) за галузевим критерієм;
- 7) за формою;

4. Проаналізовано судову практику як джерело права в англо-американській, романо-германській та сучасних релігійно-правових системах.

Встановлено, що прецедентна система в англо-американській правовій системі призводить до того, що рішення вищих судів мають обов'язкову силу як для них самих, так і для судових інстанцій, що діють нижче.

Прецедентне право традиційно відзначається як право, що складається із норм і принципів, створених і застосованих англійськими суддями в процесі винесення ними судових рішень. Прецедентне право, як сума норм, міститься у формі судових прецедентів, характеризується особливими властивостями: по-перше, це методи, якими користуються судді при створенні прецеденту, по-друге, це особлива правова культура, вимоги і принципи.

Зазначено, що судовий прецедент займає особливе місце в романо-германській правовій сім'ї, що зумовлено як культурними, так і історичними

традиціями. В деяких правових системах він проявляється більше, в інших менше, проте виступає дієвим засобом швидкого розвитку правової системи.

Встановлено, що у релігійно-правових системах судова практика формально не визнана джерелом права, однак судові рішення прийняті вищими судами деяких країн (Алжир, Єгипет, Ліван, Лівія, Іран, Ізраїль, Судан та ін.), фактично застосовуються в якості обов'язкових нижчестоячими судовими органами.

Сучасна правова доктрина ісламу не визнає судовий прецедент і судову практику джерелами ісламського права. Рішення судді не набувають обов'язкової сили ні для інших суддів, ні для суддів, що винесли таке рішення, при розгляді аналогічних справ. Рішення судів численні та різноманітні, тому ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права, бо це тільки судження морального характеру, що можуть зазнати будь-яких переглядів з метою покращення.

У сучасному Ізраїлі судова практика як джерело права формувалася під впливом загального права. Так, до 1948 р. суди під час здійснення правосуддя застосовували англійську й палестинську судову практику, а після 1948 р. – ізраїльську судову практику.

5. Особливе місце в системі судової практики займають правові позиції Верховного Суду України. Правова позиція Верховного Суду України – це виражені в рішеннях у конкретних справах і роз'ясненнях судової практики Верховного Суду України правові судження, що містять розуміння найвищим судом України правових норм в процесі здійснення ним правосуддя. Правові позиції Верховного Суду України відрізняються найбільш високим рівнем узагальнення і спеціалізації в порівнянні з іншими актами Верховного Суду України. Правові позиції висловлені в рішеннях Верховного Суду України, мають пріоритет серед усіх позицій в системі судів загальної юрисдикції, апеляційних та вищих спеціалізованих судів.

6. Для підвищення ефективності законотворчої діяльності необхідно між судовою та законодавчою владою запровадити взаємодію у сфері обміну

інформацією про стан законодавства, а саме: необхідності внесення змін, доповнень, скасування та ухвалення нових правових норм. Слід доповнити частину 2 статті 36 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» пунктом, про те, що Верховний Суд «періодично інформує Верховну Раду України про недоліки законів України, які були виявлені за результатами судових розглядів, та подає у зв'язку з цим рекомендаційні висновки по вдосконаленню законодавчих актів».

У зв'язку з цим, частину 2 статті 46 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» доповнити пунктом: «надає рекомендаційні висновки щодо вдосконалення законодавчих актів, недоліки в яких були виявлені за результатами судових розглядів».

Для здійснення моніторингу судової практики, слід розробити єдині методичні рекомендації для системи судоустрою України. У цих рекомендаціях слід передбачити: суб'єкти та об'єкти моніторингу судової практики; чітку координацію дій між судами різних рівнів; процедуру проведення моніторингу судової практики; критерії, за якими такий моніторинг необхідно проводити; способи впровадження результатів моніторингу судової практики тощо.

7. Вироблення правових позицій судовими органами залежить від статусу органу в ієрархії судової системи. Створення правових позицій вищими судовими інстанціями надає їм загальнообов'язковий характер, знімає правову невизначеність у регулюванні відносин і спрямовує нижчі інстанції до їх безпосереднього застосування.

Судова практика напрацьовується усіма інстанціями судової системи, але обов'язково для нижчих інстанцій визнається судова практика вищих судових органів, що забезпечує стабільність правозастосування при вирішенні окремих категорій справ. Загальнообов'язковість судової практики вищих судових органів дозволяє знизити ризики у тлумаченні та застосуванні норм права на шкоду правам і свободам фізичних та юридичних осіб, забезпечує єдність судової практики, виробленої вищими судовими органами, створює послідовність у

застосуванні норм права нижчими судами. Єдина обов'язкова судова практика вищих інстанцій є ефективним засобом правового регулювання, що забезпечує безпеку і захист норми права при її застосуванні. З метою оптимізації вітчизняної правової системи пропонується юридичне закріплення принципу обов'язковості судової практики вищих судових органів.

8. Однією з тенденцій розвитку системи джерел права України є проникнення прецедентних засад у вітчизняну правову систему, що має важливе значення, попри те, що суперечить вітчизняній правовій доктрині, згідно з якою судові органи влади не можуть мати правотворчих повноважень.

Після прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», сформульоване ЄСПЛ правове положення є правовим орієнтиром у вирішенні спірного питання щодо конкретного права. Однак, здійснення захисту ЄСПЛ як останньою інстанцією не означає, що сформоване ним правове положення треба розглядати як догму. Розбіжності судової практики ЄСПЛ і національних судів не мають системного характеру, однак не варто нехтувати ними, а треба визначити порядок їх усунення. Це сприятиме підвищенню ролі судової практики, однозначному застосуванню положень Конвенції та національного законодавства, виваженіму підходу до формування правового положення, його обґрунтування.

9. У зв'язку з прийняттям Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016 року № 1402-VIII, вважаємо, що саме Верховний Суд має формувати єдині орієнтири та підходи при вирішенні справ, щоб громадяни могли передбачувати наслідки своєї діяльності, захищати свої права всіма засобами, що не суперечать закону, зокрема і в судах. Такі єдині підходи повинні ґрунтуватись на фундаментальних правових цінностях та принципах, які пронизують усю національну правову систему і є фундаментом законодавства, і судової практики. З точки зору звичайного громадянина вони повинні бути своєрідними маркерами, ціннісними орієнтирами щодо правомірності власної поведінки та діяльності органів публічної влади.

У цій системі координат важливе місце посідає Конституція, яка є загальним мірилом обмеження свавілля влади та гарантій прав і свобод людини. Тому питання забезпечення верховенства Конституції у діяльності судів загальної юрисдикції стає ключовим, який свідчить про належну кваліфікацію і рівень компетентності судді.

Єдність судової практики ґрунтується і на обов'язкові судів слідувати сталій практиці Конституційного Суду України. Зокрема, це може виражатися у перегляді раніше ухвалених рішень у разі, коли буде встановлено, що суди ухвалювали рішення на основі положень закону, визнаних неконституційними.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Абдрасулов Е. Б. Судебное толкование норм законодательства в современных правовых системах. – Алматы: Академия права и рынка, 2004. – 135 с.
2. Абдурахманова И. В. История государства и права зарубежных стран. – М.: «Дашков и К», 2007. – 480 с.
3. Апалькова І. С. Значення перегляду судових рішень Верховним судом України у забезпеченні єдності судової практики / І. С. Апалькова // Методологічні засади вдосконалення цивільного процесуального права : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. до 150-річчя від дня народження Є. В. Васьковського (8 квітня 2016 р.) / уклад.: І. В. Андронов, Н. В. Волкова, О. В. Сатановська. – Одеса : Юрид. л-ра, 2016. – С. 74–77.
4. Апалькова І. С. Підстави перегляду судових рішень Верховним Судом України / І. С. Апалькова // Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні : матеріали «круглого столу» (м. Одеса, 16 трав. 2015 р.). – Одеса : Фенікс, 2015. – С. 63–66.
5. Ашуров В. К. Следственная и судебная практика и их роль в обеспечении правильного применения норм уголовно-процессуального права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.09 «уголовный процесс». – Волгоград, 2015. – 25 с.
6. Баишев Ж. Н. Введение в исламское право: вопросы теории и практики / рец.: М. Сарсембаев, У. Ихсанов, А. Сагиндыкова. – Изд. 2-е, доп. и перераб. – Астана: Азамат, 2004. – 198 с.
7. Баишев Ж. Н. Общие принципы исламского права, теория доказательств и система наказания – Алматы: Жеті жарғы, 1996. – 80 с.
8. Байтин М. И. О современном нормативном понимании права / М. И. Байтин // Журнал российского права. – 1999. – № 1. – С. 98–107.



9. Барак А. Судейское усмотрение / Пер. с англ.; Научн. Ред. В. А. Кикоть, Б. А. Страшун. – М.: Норма, – 1999. – 364 с.
10. Баскаков А. Я. Методология научного исследования [Текст] : учеб. пособие / А. Я. Баскаков, Н. В. Туленков. – К. : МАУП, 2004. – 216 с.
11. Бедрій М. М. Історико-правовий огляд джерел права Київської Русі / М. М. Бедрій // Молодий вчений. – 2014. – № 8. – С. 179–184.
12. Бержель Ж. Л. Общая теория права / Ж. Л. Бержель; под общ. ред. В. И. Даниленко; [пер. с фр.]. – М.: NOTA BENE, 2000. – 576 с.
13. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха реформирования / Г. Дж. Берман; пер. с англ. – 2-е изд. – М.: Изд-во МГУ; ИНФРА-М-НОРМА, 1998. – 624 с.
14. Бернад Дж. Вайсс. Дух мусульманского права. – Москва-Санкт-Петербург.– «ДИЛЯ», 2008. – 235 с.
15. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США / В. Бернхем. – К.: Україна, 1999. – 554 с.
16. Бехруз Х. Еволюція ісламського права: теоретико-компаративістське дослідження: дис. ... доктор. юрид. наук: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень. – Одеська національна юридична академія. – Одеса, 2006. – 387 с.
17. Бехрус Х. Вступ до порівняльного правознавства: [навч. посібник] / Хашматулла Берхус. – Одеса: Юридична література, 2002. – 328 с.
18. Бобчев С. С. Черковно право. Съкратен курс из лекциите по черковно право чтени на юридически факультет. – София, 1927. – 419 с.
19. Богдановская И. Ю. Закон в английском праве / И. Ю. Богдановская; Академия наук СССР; Ин-т государства и права. – М.: Наука, 1987. – 114 с.
20. Богдановская И. Ю. Прецедентное право / И. Ю. Богдановская. – М.: Наука, 1993. – 239 с.
21. Богдановская И. Ю. Судебный прецедент – источник права? // Государство и право. – 2002. – №12. – С.9–15.

22. Бойко І. Й. Органи влади і право в Галичині у складі Польського Королівства (1349–1569 рр.): монографія / І. Й. Бойко. – Львів: Видавничий центр ЛНУ ім. І.Франка, 2009. – 628 с.
23. Боруленков Ю. П. Методологія юридического познання [Текст] / Ю. П. Боруленков // Юридическая наука и правоохранительная практика. – 2013. – № 1 (23). – С. 13–19.
24. Васильєв С. В. Судова практика: поняття, значення і види / С. В. Васильєв // Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна. – Серія «Право». – 2013. – № 16. – С. 191–195.
25. Васянович О. А. Правова система Ізраїлю: міжнародний та національно-правовий аспекти / О. А. Васянович // Порівняльно-аналітичне право. – 2015. – № 4. – С. 426–428.
26. Ведель Ж., Девольє П. Конституція как основа юридической системы. // В сб.: Проблемы сравнительного правоведения. – М., 1981. – С. 11.
27. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
28. Висновки та рекомендації міжнародної конференції «Право власності: європейський досвід та українські реалії» (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 року) // Вісник Верховного Суду України. – 2015. – № 12. – С. 6–9.
29. Вишняков О. К. Вплив прецедентної практики Європейського суду з прав людини на судову практику України: нові можливості / О. К. Вишняков // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. 10 / голов. ред. С. В. Ківалов; МОНмолодьспорт України, НУ «ОЮА». – Одеса : Юрид. л-ра, 2011. – С. 164–170.
30. Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах / Л. Е. Владимиров. – Тула, 2000. – 464 с.
31. Вовк Д. О. Право і релігія: загальнотеоретичні проблеми співвідношення: монографія / Д. О. Вовк. – Харків: Право, 2009. – 224 с.

32. Вологдин А. А. История государства и права зарубежных стран. – М.: Высш. шк., 2005. – 286 с.
33. Галюк С. Є. Порівняльно-правова характеристика джерел сучасного мусульманського права. – Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. – Львівський національний університет імені Івана Франка. – Львів, 2009. – 179 с.
34. Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. – 526 с.
35. Горбань М. Ю. Судова правоконкретизація: загальнотеоретичні аспекти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / М. Ю. Горбань. – Л., 2015. – 20 с.
36. Горский Д. П. Обобщение и познание [Текст] / Д. П. Горский. – М. : Мысль, 1985. – 208 с.
37. Горылев А. И. Отличительные особенности системы государственной власти государства Израиль / А. И. Горылев, Е. В. Калинина // Вестник Нижегородского университета им. Н. И. Лобачевского. – 2013. – №. 1 (6). – С. 17–23.
38. Грачева Ю. В. Судейское усмотрение в уголовном праве. Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2002. – 30 с.
39. Гуржій О. Українська козацька держава в другій половині XVII–XVIII ст.: кордони, населення, право / О. Гуржій. – К: Основи, 1996. – 222 с.
40. Гусаров С. М. Суб'єкти законодавчої ініціативи в Україні / С. М. Гусаров // Наше право. – 2015. – № 6. – С. 54–60.
41. Давид Р. Основные правовые системы современности / Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози; пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Международные отношения, 2003. – 400 с.

42. Давид Р., Жоффре-Спинозе К. Основные правовые системы современности: пер. с фр. В. А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 1998. – 400 с.

43. Дашковська О. Судовий прецедент і судова практика як джерела права / О. Дашковська // Вісник Академії правових наук України. – 2011. – № 1(64). – С. 34–41.

44. Де Сельвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. / М. де Сельвиа. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 1072 с.

45. Декрет о суде № 2 Совета Народных Комиссаров от 20 февраля 1918 г. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://www.hist.msu.ru/ER/etext/DEKRET/o\\_sude2.htm](http://www.hist.msu.ru/ER/etext/DEKRET/o_sude2.htm)].

46. Декрет о суде № 3 Совета Народных Комиссаров от 7 марта 1918 г. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [<http://rusarchives.ru/statehood/08-20-dekret-o-sude-1919>].

47. Деменчук М. О. Деякі напрямки реформування судової системи України у світлі євроінтеграції / М. О. Деменчук // Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (20 травня 2016 р., м. Одеса) : у 2 т. Т. 2 / відп. ред. М. В. Афанасьєва. – Одеса : Юридична література, 2016. – С. 155–157.

48. Диса К. Історія з відьмами : суди про чари в українських воєводствах Речі Посполитої XVII–XVIII століття / Катерина Диса. – Київ : Критика, 2008. – 302 с.

49. Дрішлюк А. До питання про вдосконалення сучасного механізму правозастосування (на прикладі судового прецеденту) / А. Дрішлюк // Слово Національної школи суддів. – 2015. – № 3. – С. 27–36.

50. Єфремова Н. В. Судова практика та її значення в історії розвитку Литовсько-руського права у XVI ст. / Н. В. Єфремова. – Електронний ресурс. – Режим доступу: [[http://dipplus.com.ua/naukov-statt-z-v-dkritogo-dost/news\\_post/fremova-n-v-sudova-praktika-ta-znachennya-v-stor-rozvitku-li](http://dipplus.com.ua/naukov-statt-z-v-dkritogo-dost/news_post/fremova-n-v-sudova-praktika-ta-znachennya-v-stor-rozvitku-li)].
51. Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения / С. К. Загайнов. – М.: НОРМА, 2002. – 176 с.
52. Застосування Європейської конвенції з прав людини при розгляді в судах господарських справ: Посібник для суддів / Автори: І. Ліщина, Т. Фулей, Х. Хембах. – К.: Істина, 2011. – 208 с.
53. Здрок О. Н. Гражданский процесс зарубежных стран: Уч. пособие. – М.: Изд-во деловой и учеб. лит., 2005. – 176 с.
54. Іналджик Галіль. Османська імперія. Класичка доба 1300–1600 / Пер. з англ. О. Галенко. – К.: Критика, 1998. – 286 с.
55. Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 06.05.2015 р. № 870/10-14. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf\\_list/il\\_870\\_06\\_05\\_15/](http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf_list/il_870_06_05_15/)].
56. Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 11.02.2014 р. № 173/11/14-14. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf\\_list/11\\_02\\_2014N173\\_11\\_14\\_14/](http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf_list/11_02_2014N173_11_14_14/)].
57. Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 18.02.2014 р. № 212/11/14-14. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf\\_list/il\\_870\\_06\\_05\\_15/](http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf_list/il_870_06_05_15/)].
58. Інформаційний лист Вищого адміністративного суду України від 28.12.2014 р. № 122/11/14-14. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf\\_list/28\\_01\\_2014N122\\_11\\_14\\_14/](http://www.vasu.gov.ua/sudovapraktika/inf_list/28_01_2014N122_11_14_14/)].
59. Історія держави і права України. Підручник. – У 2-х т. / За ред. В. Я. Тація, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка. – Том 1. – Кол. авторів: В. Д. Гончаренко, А. Й. Рогожин, О. Д. Святоцький та ін. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – 656 с.

60. Кабрияк Р. Кодификация / Р. Кабрияк; пер. с фр. Л. В. Головки. – М.: Статут, 2007. – 476 с.
61. Капустина М. А. Действие юридических норм во времени / М. А. Капустина. – СПб.: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2001. – 112 с.
62. Капустинський В. Інформаційні листи суду касаційної інстанції як форма реалізації його позапроцесуальних повноважень / В. Капустинський, О. Хотинська-Нор // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2013. – № 2. – С. 59–64.
63. Кельман М. С. Юридична наука: проблеми методології [Текст] : монографія / М. С. Кельман; Львів. держ. ун-т внутр. справ. – Т. : Тернограф, 2011. – 492 с.
64. Керимов Д. А. Гегелевский метод восхождения от абстрактного к конкретному и процесс познания правовых явлений / Д. А. Керимов // Правоведение. – 1971. – № 2. – С. 7–16. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [<http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=1170220>].
65. Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права) [Текст]: монографія / Д. А. Керимов. – 2-е изд. – М. : Аванта+, 2001. – 560 с.
66. Ковальова С. Г. Судоустрій і судочинство на Українських землях Великого князівства Литовського: Монографія. – Миколаїв: Вид-во МДГУ ім. Петра Могили, 2008. – 200 с.
67. Ковриженко Д. Правове регулювання законодавчого процесу: досвід країн ЄС та пропозиції для України / Д. Ковриженко. – Електронний ресурс. – Режим доступу: [[http://parlament.org.ua/upload/docs/Legislative\\_process\\_.pdf](http://parlament.org.ua/upload/docs/Legislative_process_.pdf)] .
68. Кони А. Ф. Собрание сочинений / А. Ф. Кони. – М., 1967. – Т. 4. – 546 с.
69. Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик от 7 октября 1977 года. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red\\_1977/5478732/](http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red_1977/5478732/)].

70. Конституційний Договір між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 року. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [ <http://static.rada.gov.ua/NEWSAJT/site/const/dohovir.html>].

71. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки від 20 квітня 1978 року. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [ <http://static.rada.gov.ua/NEWSAJT/site/const/istoriya/1978.html>].

72. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права (по изданию 1914 г.) / Н. М. Коркунов. – СПб., 2003. – 458 с.

73. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов; [сост., автор вступ. ст., коммент. А. Н. Медушевский]. – М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. – 520 с.

74. Костицький М. В. Деякі питання методології юридичної науки [Текст] / М. В. Костицький // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 3–11.

75. Кросс Руперт. Прецедент в английском праве / Руперт Кросс; пер. с англ. – М.: Юрид. лит., 1985. – 237 с.

76. Кудайбергенов К. Ч. Современное немецкое право. – Алматы: Данекер, 2004. – 187 с.

77. Кузембаев О. С. Роль роз'яснень Верховного Суду України в кримінальному праві України / О. С. Кузембаев // Правове життя сучасної України : матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. складу (Одеса, 20–21 квітня 2012 р.). Т. 2 / відп. за вип. В. М. Дрьомін / НУ «ОЮА». – Одеса : Фенікс, 2012. – С. 275–277.

78. Кузембаев О. С. Судова практика як джерело кримінального права [Електронний ресурс] / О. С. Кузембаев // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 47. – С. 102–105.

79. Лафитский В. И. Сравнительное правоведение: национальные правовые системы. Том 3. / В. Ю. Артемов, Н. М. Бевеликова, Р. Г. Газизова и др. М.: ИЗиСП, КОНТРАКТ, 2013. Т. 3: Правовые системы Азии. – 704 с.
80. Лебедь Н. В. Суб'єкти законотворчої діяльності / Н. В. Лебедь // Статистика України. – 2013. – № 2. – С. 72–76.
81. Лешкевич Т. Г. Философия науки: традиции и новации [Текст]: учебное пособие для вузов / Т. Г. Лешкевич. – М. : Издательство ПРИОР, 2001. – 428 с.
82. Лисий В. Діалектика і методи наукового пізнання [Текст] / В. Лисий // Вісник Львівського університету: Філософські науки. – 2010 . – Вип. 13. – С. 20–28.
83. Лінецький С. В. Коментар до Регламенту Верховної Ради України / Лінецький С. В., Крижанівський В. П. [Електроний ресурс]. – Режим доступу: [[http://radaprogram.org/sites/default/files/publications/komentar\\_do\\_reglamentu-berez-2015.pdf](http://radaprogram.org/sites/default/files/publications/komentar_do_reglamentu-berez-2015.pdf)] .
84. Лозовская С. В. О судебском правотворчестве // Сибирский юридический вестник. – 2004. – №1. – С.10.
85. Лопухин А. П. Суд над Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения. – Электронный ресурс. – Режим доступу: [<http://www.rulit.me/author/lopuhin-aleksandr-pavlovich/sud-nad-iisusom-hristom-rassmatrivaemyj-s-yuridicheskoj-tochki-zreniya-download-free-340999.html>].
86. Лубська М. В. Мусульманське право як філософсько-релігієзнавчий феномен. – дис. ... д. ю. н. : 09.00.11 – релігієзнавство / Лубська Марія Володимирівна. Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2008. – 431 с.
87. Лук'янов Д. Джерела іудейського права та сучасне право Ізраїлю / Д. Лук'янов // Вісник Національної академії правових наук України. – 2013. – № 3 (74). – С. 56–63.



88. Лук'янов Д. Загальна характеристика іудейського права / Д. Лук'янов // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2013. – № 22. – Частина 1. Том. 1. – С. 50–52.
89. Луць Л. А. Загальна теорія держави та права [Текст] : навч.-метод. посіб. (за кредитно-модульною системою) / Л. А. Луць. – К. : Атіка, 2007. – 412 с.
90. Луць Л. А. Методологія вітчизняного правознавства [Текст] / Л. А. Луць // Матеріали XXI звітної науково-практичної конференції «Проблеми державотворення та захисту прав людини в Україні» (м. Львів, 12–13 лютого 2015 р.). – 2015. – Ч. 1. – С. 47–51.
91. Луць Л. А. Сучасні правові системи світу: [навч. посібник] / Л. А. Луць. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету ім. І. Франка, 2003. – 247 с.
92. Мазур М. В. Судова практика як джерело права: проблема визначення поняття / М. В. Мазур // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 493–497. – Режим доступу: [ [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2011\\_3\\_81.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2011_3_81.pdf)].
93. Мартиненко О. О. Теоретичні засади судової правотворчості у концепції юридичного прагматизму: автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / О. О. Мартиненко. – К., 2016. – 22 с.
94. Марченко А. А. Судовий прецедент у правовій системі України (1991–2010 рр.): автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / А. А. Марченко. – К., 2015. – 22 с.
95. Марченко М. Н.. Источники права: [учебное пособие] / М. Н. Марченко. – М.: Велби; Проспект, 2005. – 760 с.
96. Марченко М. Н. Правовые системы современного мира: учеб. пособие / М. Н. Марченко. – М.: Зерцало – М, 2008. – 528 с.
97. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право / М. Н. Марченко. – М.: Велби; Проспект, 2007. – 512 с.

98. Матвеєва Л. Г. Правотворча функція судової влади в Україні: аналіз концептуальних підходів / Л. Г. Матвеєва // Судова влада в Україні і світі: історія, сучасність, перспективи розвитку: матеріали XXV Міжнародної історико-правової конференції 16–18 вересня 2011 р., м. Саки / ред. колегія: І. Б. Усенко (голова), Є. В. Ромівський (відп. секр.), Л. П. Гарчева, В. Є. Кириченко, І. В. Музика, Л. М. Подкоритова, О. М. Редькіна, О. Н. Ярмиш. – Київ; Сімферополь: СМД, 2011. – Ч. 1. – С. 182–188.

99. Мейер Д. И. Русское гражданское право. Петроград: Типография «Двигатель», 1914 // Справочно-правовая система «Гарант» [Электронный ресурс]. Режим доступа: [<http://www.garant.ru>].

100. Мельник З. Вплив діяльності судових інстанцій Європейських співтовариств на зростання значення судової практики як джерела права / З. Мельник // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2013. – № 3. – С. 104–110.

101. Мережко А. А. Юридическая герменевтика и методология права [Текст] / А. А. Мережко // Проблемы філософії права. – 2003. – Т. I. – С. 159–162.

102. Милаш Н. Православное церковное право. – СПб., 1897. – 708 с.

103. Місевич С. В. Джерела канонічного права (теоретико-правовий аналіз): дис. ... канд.. юрид. наук : 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. Одеська національна юридична академія, Одеса, 2005. – 185 с.

104. Москалюк В. М. Подолання колізій норм права кодексів та законів: теорія і судова практика / В. М. Москалюк, О. В. Москалюк // Адвокат. – 2010. – № 4. – С. 17–22.

105. Москвич Л. М. Вплив практики Європейського суду з прав людини на судову практику національних судів : текст доповіді / Л. М. Москвич // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. – Харків, 2014. – Вип. 27. – С. 327–335.

106. Мудра О. М. Конституційний статус суб'єктів права законодавчої ініціативи: Автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.02 / О. М. Мудра ; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2003. – 17 с.

107. Муравский В. А. О различии между источником и формой права / В. А. Муравський // Российский юридический журнал. – 2013. – № 5. – С. 63–73.

108. Новиков А. М. Методология [Текст] : учеб.-метод. пособие / А. М. Новиков, Д. А. Новиков. – 2-е изд., испр. – М. : Красанд, 2014. – 632 с.

109. О введении в действие Положения о судеустройстве РСФСР: Постановление Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета от 11 ноября 1922 г. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [<http://www.bestpravo.ru/sssrf/gn-gosudarstvo/b8k.htm>].

110. О суде: Декрет Совета Народных Комиссаров от 16 ноября 1917 г. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [<http://constitution.garant.ru/history/act1600-1918/5312/>].

111. О судеустройстве СССР, союзных и автономных республик: Закон СССР от 16 августа 1938 года. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [<http://bestpravo.ru/sssrf/eh-dokumenty/i6o.htm>].

112. Общая теория государства и права: Акад. курс в 2-х т. / Под ред. проф. М. П. Марченко. Т.2. – М.: Зерцало, 1998. – 656 с.

113. Оксамытний В. В. Многоаспектность источников современной правовой системы Израиля / В. В. Оксамытний // Вестник Брянского государственного университета. – 2013. – № 2. – С. 165–167.

114. Олійник Ю. В. Нацистський окупаційний режим в генеральній окрузі «Волинь–Поділля» (1941–1944 рр.) / Ю. В. Олійник, О. М. Завальнюк. – Хмельницький: Поліграфіст-2, 2012. – 320 с.

115. Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части: [учебн.-практ. пособие] / Кристофер Осакве. – М.: Дело, 2000. – 256 с.

116. Осакве К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий / Коистофер Осакве. – М.: Юрист, 2008. – 830 с.

117. Основной закон Государства Израиль «Судебная власть» от 28 февраля 1984 г. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [<http://knesset.gov.il/laws/ru/yesodru10.pdf>] (станом на 31 січня 2016 р.).

118. Остроумов М. А. Очерк православного церковного права. – Харьков, 1893. – Ч.1.: Введение в православное церковное право. – 676 с.

119. Падох Я. Суди й судовий процес старої України : нарис історії / Я. Падох ; післясл. Б. Т. Цюцюра. – Нью-Йорк [та ін.], 1990. – 128 с.

120. Панкратова В. О. Судовий прецедент у континентальному праві: теоретико-порівняльний аспект / В. О. Панкратова // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: збірник наукових праць / за ред. Ю. С. Шемшеченка, В. П. Тихого, М. М. Цимбалюка, І. С. Гриценка, упор. О. В. Кресін, І. М. Ситар. – 2-е вид. і доп. – Львів, Київ.: ЛьвДУВС, 2012. – С. 150–152.

121. Панов М. І. Проблеми методології формування категоріально-понятійного апарату юридичної науки [Текст] / М. І. Панов // Проблеми законності. – 2014. – Вип. 126. – С. 3–13.

122. Папкова О. А. Усмотрение суда. – М.: Статут, 2005. – 413 с.

123. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології: монографія. – К., ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. – 336 с.

124. Пашкевич П. Ф. Закон и судебное усмотрение. // Советское государство и право, 1982. – № 1. – С. 50–58.

125. Певцов В. Г. Лекции по церковному праву. – СПб., 1914. – 242 с.

126. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – Серия «Мир культуры, истории и философии». – СПб.: Издательство «Лань», 2000. – 608 с.

127. Пилипчук П. «Судова реформа має бути головною складовою правової реформи». Правильно організована система судів є однією з гарантій справедливого та ефективного правосуддя // Юридичний Вісник України. – 2007. – № 50. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [<http://www.scourt.gov.ua/>

clients/vs.nsf/3adf2d0e52f68d76c2256c080037bac9/a1c6538e94c997edc22573fd002f0f6a?OpenDocument].

128. Подольська Є. А. Кредитно-модульний курс з філософії : філософія, логіка, етика, естетика, релігієзнавство [Текст]: навч. посібник / Є. А. Подольська. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К.: Центр навч. л-ри, 2006. – 624 с.

129. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – 6-е изд., стереот. М.: Статут, 2013. – 351 с.

130. Положение о народном суде Российской Социалистической Федеративной Советской Республики: Декрет Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета от 21 октября 1920 г. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [<http://www.law.edu.ru/norm/norm.asp?normID=1381107>].

131. Порівняльне правознавство: підручник [для студентів юридичних спеціальних вищих навчальних закладів] / В. Д. Ткаченко, С. П. Погрібняк, Д. В. Лук'янов; за ред. В. Д. Ткаченка. – Х.: Право, 2003. – 274 с.

132. Потапенко В. І. Самостійність судової влади: автореф. дис. ... канд. юрид. наук.: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / В. І. Потапенко. – Х., 2015. – 22 с.

133. Правовая система Нидерландов / отв. ред. В. В. Бойцова, М. В. Бойцова. – М.: Зерцало–М, 1998. – 432 с.

134. Примаков Д. Я. История еврейского и израильского права / Д. Я. Примаков. – М.: Инфотропик Медиа, 2015. – 212 с.

135. Про аналіз судової практики застосування адміністративними судами окремих положень Закону України від 16 вересня 2014 року № 1682-VII «Про очищення влади»: Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 18 вересня 2015 року № 16. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://www.vasu.gov.ua/plenum/post\\_plenum/postanova\\_plenumu\\_16\\_2015/](http://www.vasu.gov.ua/plenum/post_plenum/postanova_plenumu_16_2015/)].

136. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 12. – Ст. 792.

137. Про деякі питання практики застосування у судовій практиці Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 05.06.2014 № 01-06/745/2014. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [<http://vgsu.arbitr.gov.ua/news/1507/>].

138. Про доповнення Інформаційного листа ВГСУ від 15.03.2011 № 01-06/249 «Про постанови ВСУ, прийняті за результатами перегляду судових рішень господарських судів: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 27.01.2015 № 01-06/114/15. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [<http://vgsu.arbitr.gov.ua/news/1683/>].

139. Про Концепцію судово-правової реформи в Україні: Постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 року № 2296-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 30. – Ст. 426.

140. Про очищення влади: Закон України від 16 вересня 2014 року № 1682-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 44. – Ст. 2041.

141. Про правове врегулювання відносин щодо реалізації права на мирні зібрання: Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 22 травня 2015 року № 5. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://www.vasu.gov.ua/plenum/post\\_plenum/postanova\\_plenumu\\_vasu\\_5\\_22-05-2015/](http://www.vasu.gov.ua/plenum/post_plenum/postanova_plenumu_vasu_5_22-05-2015/)].

142. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів N 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР // Офіційний вісник України. – 1997. – № 29. – Ст. 11.

143. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і

їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16 вересня 2014 року № 1678-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 40. – Ст. 2843.

144. Про Регламент Верховної ради України: Закон України від 10 лютого 2010 року № 1861-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 14. – Ст. 133.

145. Про рішення Європейського Суду з прав людини: Інформаційний лист Вищого господарського суду з прав людини від 15.05.2014 р. № 01-06/632/14. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [<http://vgsu.arbitr.gov.ua/news/1485/>].

146. Про судовий збір: Закон України від 08 липня 2011 року № 3674-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2012. – № 14. – Ст. 87.

147. Про судову практику застосування адміністративними судами окремих положень Закону України від 8 липня 2011 року № 3674-VI «Про судовий збір» у редакції Закону України від 22 травня 2015 року 484-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сплати судового збору»: Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 5 лютого 2016 року № 2. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://www.vasu.gov.ua/plenum/post\\_plenum/postanova\\_plenumu\\_2\\_2016-02-05/](http://www.vasu.gov.ua/plenum/post_plenum/postanova_plenumu_2_2016-02-05/)].

148. Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо надання Верховному Суду України права законодавчої ініціативи) № 2303 від 10.10.2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=28239](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=28239)].

149. Проект Конституции Израиля (институт). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [<http://worldconstitutions.ru/?p=272>].

150. Проект тимчасового судоустрою УНР 1931 року // Адміністративне право і процес УНР в екзилі: невідома правнича спадщина України. / укладачі: Гриценко І. С., Бевзенко М. В., Коваль С. О., Бевз А. І., Паламарчук І. В., Гура О. В., Кравченко А. В., Сметанюк Р. С.; за заг. ред. доктора юрид. наук., проф. Гриценка І. С. – К.: Дакор, 2015. – С. 197–266.

151. Рабінович С. П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні: монографія / С. П. Рабінович. – Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2010. – 576 с.
152. Разыков Ш. К истории советского суда в Таджикистане. – Сталинабад, 1960. – 112 с.
153. Редька А. І. Судові функції Верховного Суду України: дискусійні питання / А. І. Редька, С. А. Солоткий // Вісник Верховного Суду України. – 2015. – № 11. – С. 35–43.
154. Рекомендації III Міжнародного судово-правового форуму «Судова реформа в Україні: європейський вектор» (м. Київ 19–20 березня 2015 року) // Вісник Верховного Суду України. – 2015. – № 5. – С. 12–13.
155. Романов А. К. Правовая система Англии: учеб. пособие / А. К. Романов. – М.: Дело, 2000. – 344 с.
156. Савенко М. Роль практики Європейського Суду з прав людини у конституційному судочинстві України / М. Савенко // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 6. – С. 51–55.
157. Савенко М. Співвідношення судової практики Конституційного Суду України зі судовою практикою Європейського Суду з прав людини / М. Савенко // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 2. – С. 30–42.
158. Савчин М. Забезпечення єдності судової практики у контексті верховенства конституції / М. Савчин // Слово Національної школи суддів України. – 2014. – № 2. – С. 18–28.
159. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение и источники права / А. Х. Саидов // Вестник университета им. О. Е. Кутафина. – 2016. – № 3. – С. 25–38.
160. Саидов А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / А. Х. Саидов; отв. ред. В. А. Туманов. – 2-е изд., доп. и перераб. – М.: Юристъ, 2007. – 510 с.



161. Сало П. Адміністративне судочинство та зміни до нього крізь призму рішень Європейського суду з прав людини / П. Сало // Слово Національної школи суддів України. – 2015. – № 1. – С. 157–165.

162. Самородов В. Н. Методологические основания современной юридической науки [Текст] / В. Н. Самородов // Вестник МГТУ. – 2014. – № 4. – С. 759–768.

163. Соловьев В. Ю. Судебная практика в Российской правовой системе: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. 12.00.01 – теория и история права и государства; история правовых учений. – М., 2003. – 24 с.

164. Соломахіна О. М. Принциповий метод дослідження симбіозу цивільного процесуального права і права ЄС / О. М. Соломахіна // Практика ЄСПЛ з питань цивільного процесуального права : матеріали круглого столу (м. Одеса, 5 квіт. 2016 р.) / уклад. : І. В. Андронов, Н. В. Волкова, О. В. Сатановська; МОН України, НУ ОЮА. – Одеса : Юрид. л-ра, 2016. – С. 46–49.

165. Спасибо-Фатеева И. В. Некоторые подходы к понятию источников права: в порядке постановки проблемы / И. В. Спасибо-Фатеева // Проблемы законности: респ. міжвідом. наук. зб. – Харків, 2000. – Вип. 42. – С. 49–54.

166. Стефанів Н. Окремі питання врахування практики Європейського суду з прав людини при оцінці судом доказів, здобутих у результаті негласних слідчих дій / Н. Стефанів // Слово Національної школи суддів. – 2015. – № 1. – С. 103–108.

167. Стецик Н. В. Технологія судової правотворчості: загальнотеоретична характеристика: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. В. Стецик ; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. – Л., 2011. – 16 с.

168. Стратегія розвитку судової системи України на 2015–2020 роки, затверджена Радою суддів України 11 грудня 2014 року. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу:[ <http://court.gov.ua/142663/>].

169. Стрельцова О. В. Співвідношення понять судового прецеденту та судової практики (теоретичний аспект) / О. В. Стрельцова // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2004. – № 9. – С. 91–98.

170. Судебная практика в советской правовой системе / Под ред. С. Н. Братуся. – М., «Юрид. лит». – 1975. – 328 с.

171. Судебная практика как источник права. – М.: Институт государства и права Российской АН, 1997. – 48 с.

172. Сюкияйнен Л. Структура мусульманского права. – В сб.: Мусульманское право. – М., 1984. – С. 32.

173. Сюкияйнен Л. Р. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству / Л. Р. Сюкияйнен // Право в современном мире. – С. 97–109.

174. Татьков В. І. Дискусійні питання забезпечення єдності судової практики в господарському судочинстві / В. І. Татьков // Університетські наукові записки. – 2012. – № 4. – С. 239–248.

175. Татьков В. Роль судової практики у забезпеченні застосування положень Цивільного та Господарського кодексів України / В. Татьков // Юридична Україна. – 2013. – № 12. – С. 94–100.

176. Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. – Х.: Право, 2014. – 368 с.

177. Терлюк І. Я. Історія українського права від найдавніших часів до XVIII століття. Навчальний посібник з історії держави і права України.– Львів, 2003. – 156 с.

178. Терлюк І. Я. Огляд історії кримінального права України: Навчальний посібник. / Терлюк І. Я. – Львів: Ліга – Прес, 2007. – 92 с.

179. Тесленко М. Юридична сила і значення правових позицій Конституційного Суду України / М. Тесленко // Вісник Конституційного Суду України. – 2003. – № 4. – С. 36–41.

180. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения / Ю. А. Тихомиров. – М.: НОРМА, 1996. – 432 с.
181. Ткачук П. Правові позиції Конституційного Суду України / П. Ткачук // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 10–21.
182. Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права / Е. Н. Трубецкой. – М., 1908. – 183 с.
183. У Верховному Суді України обговорили механізми забезпечення єдності судової практики // Вісник Верховного Суду України. – 2014. – № 8. – С. 2–6.
184. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 року // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Том 1. – Ст. 83.
185. Ударцев С. Ф. Суд и правотворчество. В сб.: Законотворческий процесс в Республике Казахстан: состояние и проблемы. – Алматы, 1997. – С. 184–190.
186. Усенко І. Б. Представники суддівського корпусу у Всеукраїнській Академії Наук / І. Б. Усенко // Судова влада в Україні і світі: історія, сучасність, перспективи розвитку: матеріали XXV Міжнародної історико-правової конференції 16–18 вересня 2011 р., м. Саки / ред. колегія: І. Б. Усенко (голова), Є. В. Ромівський (відп. секр.), Л. П. Гарчева, В. Є. Кириченко, І. В. Музика, Л. М. Подкоритова, О. М. Редькіна, О. Н. Ярмаш. – Київ; Сімферополь: СМД, 2011. – Ч. 1. – С. 71–77.
187. Форманюк В. Правова природа локальних нормативних актів / В. Форманюк // Актуальні проблеми держави і права. – 2013. – № 69. – С. 98–103.
188. Форманюк В. Судова практика як специфічне джерело права / В. Форманюк // Юридичний вісник. – 2014. – № 6. – С. 24–27.

189. Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві: Науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр. і допов. – К., 2015. – 128 с.

190. Харитонова Л. І. Судова практика як джерело права соціального забезпечення / Л. І. Харитонова // Актуальні проблеми держави і права. – 2008. – Вип. 37. – С. 55–60.

191. Харитонова О. В. Кримінально-правові погляди О. Ф. Кістяківського: наукова спадщина та її значення для сучасних кримінально-правових досліджень : монографія / О. В. Харитонова. – Х.: Право, 2010. – 252 с.

192. Хачатуров Р. Л. О правовий системі Ірана / Р. Л. Хачатуров // Вектор науки ТГУ. – № 6 (9). – 2009. – С. 58–61.

193. Хорольський Р. Б. Судовий прецедент як джерело права Європейського Співтовариства / Р. Б. Хорольський // Проблеми законності. – Вип. 39. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 1999. – С. 200–210.

194. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1. Основы / К. Цвайгерт, Х. Кётц; пер. с нем. – М.: Междунар. отношения, 2000. – 480 с.

195. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: пер. с нем. Ю. М. Юмашева. – Т. 1. М.: Международные отношения, 1998. – 480 с.

196. Цилінко І. С. Забезпечення єдності судової практики як мета перегляду судових рішень Верховним судом України / І. С. Цилінко // Правове життя сучасної України: матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу / відп. за вип. В. М. Дрьомін; НУ ОЮА, Півд. регіон. центр НАПрН України. – Одеса: Фенікс, 2014. – Т. 1. – С. 409–411.

197. Шандра В. Совісні суди в Україні (остання чверть XVIII – середина XIX ст.). – К.: Інститут історії України НАН України. 2011. – 266 с.

198. Шапавалова О. Судова практика та вдосконалення кримінально-процесуальних норм / О. Шапавалова // Слово Національної школи суддів України. – 2013. – № 4. – С. 116–118.

199. Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн. Академічний курс: підручник / В. М. Шаповал. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 464 с.

200. Шутак Д. И. Теория и практика оговорок в праве: система понятий: С.-Петербург. ун-тет; МВД России; Алтея, 1999. – 203 с.

201. Щодо здійснення функцій судової влади України в умовах судової реформи: Рішення XIII з'їзду суддів України від 13 листопада 2015 року. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [[http://rsu.court.gov.ua/userfiles/file/DSA/RSU\\_site/2015/ZIZDJUDJES13november2015/COURT\\_POWER\\_EXISTING\\_.pdf](http://rsu.court.gov.ua/userfiles/file/DSA/RSU_site/2015/ZIZDJUDJES13november2015/COURT_POWER_EXISTING_.pdf)].

202. Юдин Э. Г. Системный подход и принцип деятельности. Методологические проблемы современной науки [Текст]. / Юдин Э. Г. – М. : Наука, 1978. – 391 с.

203. Юридический энциклопедический словарь. – М., 1984.

204. Явич Л. С. Сущность права (Социально-философское понимание генезиса, развития и функционирования юридической формы общественных отношений). / Явич Л. С. – Л., 1985. – 208 с.

## ДОДАТКИ

Додаток А

## Проекти законів України, розроблені Верховним Судом України

| <b>П/н</b> | <b>Назва проекту закону</b>  | <b>Дата редакції</b> | <b>Направлено суб'єкту законодавчої ініціативи</b> | <b>Результат розгляду на засіданні Верховної Ради України</b> |
|------------|--|----------------------|--|---|
| 1.         | «Про внесення змін до Кримінально-процесуального та Кримінального кодексів України» (щодо обмеженої осудності) | 18 травня 2009 року  | Народному депутату України Мойсику В. Р.           | Проект не прийнято  |
| 2.         | «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій України» (щодо удосконалення організації правосуддя)      | 12 червня 2008 року  | Президенту України                                 | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України            |
| 3.         | «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України» (щодо наказного                               | 12 червня 2008 року  | Президенту України                                 | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України            |

|    |   |                     |                    |  |
|----|---|---------------------|--------------------|--|
|    | провадження)  |                     |                    |  |
| 4. | «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (щодо запобігання випадкам зловживань у сфері третейського розгляду спорів)                    | 28 травня 2008 року | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України   |
| 5. | «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (щодо відшкодування шкоди при звільненні особи від кримінальної відповідальності та покарання) | 16 травня 2008 року | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України   |
| 6. | «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» (щодо розширення кола осіб, які мають право подавати касаційну скаргу)                | 16 квітня 2008 року | Президенту України | Відхилено та знято з розгляду Верховної Ради України |
| 7. | «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (щодо посилення гарантій   | 07 квітня 2008 року | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної                |

|     |   |                      |                    |  |
|-----|---|----------------------|--------------------|--|
|     | незалежності суддів та вдосконалення правил підсудності справ)  |                      |                    | Ради України                                       |
| 8.  | «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України» (щодо удосконалення порядку заочного розгляду справ) | 29 березня 2008 року | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |
| 9.  | «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (щодо автоматизованого розподілу справ між суддями)          | 27 березня 2008 року | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |
| 10. | «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України» (щодо перегляду судових рішень)                      | 13 лютого 2008 року  | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |
| 11. | «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо удосконалення відповідальності за       | 30 січня 2008 року   | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |



|     |   |                     |                    |  |
|-----|---|---------------------|--------------------|--|
|     | зрив розгляду судових справ та прояв неповаги до суду»  |                     |                    |  |
| 12. | «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо удосконалення відповідальності за зрив розгляду судових справ та прояв неповаги до суду»  | 27 грудня 2007 року | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |
| 13. | «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення порядку вручення судових повісток»  | 26 грудня 2007 року | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |
| 14. | «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» (щодо ознайомлення з матеріалами кримінальної справи та апеляційного і касаційного оскарження судових | 19 грудня 2007 року | Президенту України | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |

|     |  |                        |  |  |
|-----|--|------------------------|--|--|
|     | рішень у кримінальних справах)   |                        |  |  |
| 15. | «Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України» (щодо ознайомлення з матеріалами кримінальної справи та апеляційного і касаційного оскарження судових рішень у кримінальних справах) | 19 грудня 2007 року    | Направлено до Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |
| 16. | «Про внесення зміни до Кримінально-процесуального кодексу України» (щодо оскарження постанов про порушення кримінальних справ)   | 28 листопада 2007 року | Направлено до Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |
| 17. | «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу   | 28 листопада 2007 року | Направлено до Національної комісії із зміцнення  | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |

|     |   |                        |  |  |
|-----|---|------------------------|--|--|
|     | адміністративного судочинства України» (щодо повного фіксування судового засідання технічними засобами)   |                        | демократії та утвердження верховенства права   |  |
| 18. | «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (щодо змісту позовної заяви)   | 28 листопада 2007 року | Направлено до Національної комісії із зміцнення демократії та утвердження верховенства права | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |
| 19. | «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо порядку розгляду справ про малозначні адміністративні правопорушення на транспорті» | 29 жовтня 2007 року    | Президенту України   | Проект не подано на розгляд Верховної Ради України |