powers established by public law and on the public Council's competence. In case of a misunderstanding with the Council, when the Starshyna was convinced that the Council's decision is illegal, such a contradiction was resolved by Starostwo or the Uyezd Council.

As for the head of the community – wojt – he was recognized as a guardian of good and order in the commune. The wojt was responsible for conducting all affairs of the stars Starshyna, implementing the decisions of the public Council and orders coming from the state authorities. Two jurors (assessors) assisted the wojt in his affairs, to whom the wojt entrusted, under his responsibility, the execution of a specific assignment.

Wojt was in charge of the public property, the use of public property, and peace and security in the commune. The resolution of issues within the public Council's competence was carried out by the wojt exclusively following the decisions made. Only in urgent matters, the wojt could make a decision on his own, but with its subsequent approval at the next meeting of the Council. The Starshyna performed his duties with the help of government officials, police officers, and public servants. If their joint efforts were not sufficient to enforce the decision, the wojt could ask for the Starshyna Council's assistance, which had to provide the gendarmes to carry out the orders.

Thus, the preliminary review shows that the sphere of administrative functions of the gmina, both own and delegated, was regulated in sufficient detail in the current legislation, general and special laws; its observance was ensured by multilevel control of public authorities. The purpose of this control, as the authorities noted, was to protect the interests of community members from orders and measures that could violate those interests.

It has been concluded that at first, the peasants did not realize the importance of the reforms that took place and were quite contemptuous of their newly acquired rights. However, over time, public councils proved their effectiveness in the early twentieth century, and in villages there was a struggle between different parties for the mandates of deputies, especially the position of wojt.

Keywords: wojt, land cadastre, gmina, competence, community, Council, Starshyna.

DOI: 10.33766/2524-0323.91.41-54

УДК 342.7

О. А. Любчик,

доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри державно-правових дисциплін
Луганського державного університету
внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка
(м. Сєвєродонецьк, Україна)
e-mail: lyubchikaa@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-8239-2129>

ПРАВОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ – ДЖЕРЕЛО ПРАВА В УКРАЇНІ: ТАК ЧИ НІ ?

У статті досліджуються підходи до визначення змісту та правової природи правового прецеденту як джерела права у формальному розумінні та його можливість виконувати функції таких джерел в Україні. Аналізуються різні підходи щодо визначення понять «джерела права», «форма права», «правотворчість», «нормативність», «судова практика».

Надаються конкретні пропозиції щодо зміни діючого законодавства.

Запропонований зміст та визначення терміна джерело права у формальному розумінні, обґрунтована теза про відсутність в Україні такого джерела права, як «правовий прецедент», та зроблений висновок про недоцільність і недоречність його використання в українській правовій системі в майбутньому.

Ключові слова: правовий прецедент, джерело права, форма права, судова практика, правотворчість, нормативність, правозастосування, тлумачення норм права.

Постановка проблеми. В Україні триває державне будівництво, і його метою повинна стати саме правова держава, проте Конституція України вже проголосила її такою в статті першій. Головною ознакою правової держави є дотримання її органами принципу верховенства права, що зумовлює чітке визначення змісту самого права та джерел, у яких це право (норми права) міститься. В Україні існує чіткий розподіл повноважень, завдань та функцій державних органів, і це виникло впродовж тривалого державного будівництва.

Наукові обґрунтування та власне історичний досвід багатьох поколінь українців створили чітке уявлення щодо визначення сутності джерел права та їх видів як тих, які існують у світі, так і тих, що використовуються в Україні. Висновком цих наукових обґрунтувань було те, що Україна (як і раніше УРСР) належить до романо-германської правової сім'ї, і джерелом права в її правовій системі визнається нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір та правовий звичай.

Період незалежності України характеризується бурхливим розвитком правових досліджень, націлених на пошук відповідей на питання, що постали внаслідок швидких ринкових перетворень у країні, змінилися погляди деяких учених щодо визначення поняття джерел права та їх систему. Тож були висловлені непоодинокі думки щодо визнання правового прецеденту джерелом права в Україні.

Уже багато років не припиняється наукова дискусія щодо цих питань, захищені дисертації та опубліковані наукові труди з метою обґрунтування прямо протилежних позицій. Проте сьогодні, коли Україна проголосила вектор розвитку в напрямку європейських цінностей і приєдналася до багатьох міжнародних конвенцій, статус «наукової проблеми» щодо визначення джерел права України та правового прецеденту як одного з них уже не задовольняє суспільство, юридичне співтовариство й державні органи, бо це вже проблема практична і впливає на суттєві сфери суспільного життя. Через те саме сьогодні необхідно поставити крапку в цих дискусіях та визначитись із законодавчо закріпити чіткі поняття, необхідні як для використання в міжнародних правовідносинах, так і при регулюванні правовідносин у середині країни.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми визначення та системи джерел права, значення правового прецеденту як одного з джерел права в Україні досліджували багато вітчизняних та зарубіжних фахівців із теорії держави і права та галузевих наук, а саме: С. С. Алексєєв, Л. Б. Алексєєва, М. Г. Авдюков, А. Т. Боннер, А. М. Бєзін, С. М. Братусь, А. Б. Венгеров, С. І. Вільнянський, М. М. Вопленко, С. Л. Зівс, М. С. Кельман, М. І. Казюбра, В. В. Лазарєв, Д. Д. Луспенік, А. А. Марченко, В. С. Нерсєсян, Л. М. Ніколенко, К. Ю. Савченко, В. В. Сухонос, В. В. Сажина, О. Ф. Скакун, В. М. Синюков, В. Я. Федоренко, Н. С. Хомяк, В. Н. Хропанюк, М. В. Цвік, О. М. Ярошенко та інші. Проте ця проблема в Україні є гострою, недостатньо врегульованою та на сьогодні ще не розв'язаною.

Формулювання цілей. Метою статті є формулювання змісту та правової природи правового прецеденту як джерела права та його можливість виконувати функції джерела права в Україні, запропонувати зміст та визначення терміна «джерело права

у формальному розумінні», надати конкретні пропозиції щодо зміни діючого законодавства, котре регулює правовідносини, у яких виникають проблеми правозастосування, пов'язані з термінами «джерело права» і «правовий прецедент».

Виклад основного матеріалу. Правове регулювання суспільних відносин у будь-якій країні відбуваються за допомогою норм права, які характеризуються наступними ознаками: нормативність, загальнообов'язковість; розповсюджуються на невизначене коло осіб, застосовуються неодноразово, закріплюються в джерелах права, захищаються державою. Одне з багатьох визначень норм права таке: *«це закріплене в джерелах права і відтворюване в поведінці суб'єктів права правило загального характеру, що визначає стандарт належної чи дозволеної поведінки або наслідки його порушення, ефективна дія якого забезпечується державою»* [1, с. 129]. Закріпленість у правових джерелах надає важливості визначення сутності і системи джерел права, у яких правотворчі й правозастосовні органи, конкретні особи мають можливість знайти ті обов'язкові алгоритми дій чи правила поведінки, які створені або санкціоновані державою для їх застосування, використання або дотримання. Проте саме поняття «джерело права» не закріплено нормативно, більше, у теорії права нема не тільки єдиного його визначення, а навіть єдиного поняття не існує.

С. І. Ожегов визначає джерело як: «1) водяний струмінь, що виходить на поверхність з-під землі; 2) те, що дає початок чому-небудь, звідки походить що-небудь; 3) письмовий документ, пам'ятка, на основі яких будуються наукові дослідження» [3, с. 258]. У теорії права термін «джерела права» не пов'язують тільки з першим визначенням.

У юриспруденції склалися різні підходи до розуміння терміна «джерела права», наведемо декілька з них:

- джерела виникнення – права як соціального явища, сила, що творить право (правоутворююча сила);
- пам'ятки історії, літератури, судові справи та звичаї, що існували історично та мали значення для чинного на той час права;
- певний вид діяльності державної влади з утворення правових норм;
- матеріали, взяті за основу того чи іншого законодавства;
- способи зовнішнього виразу, існування та перетворення права [2, с. 178].

Є й інші підходи до визначення сутності джерел права, проте всі дослідники визначають багатозначність цього поняття і, як результат, його нефункціональність. Тому, на наш погляд, з метою припинення безперервної багаторічної наукової інтерпретації цього терміна доцільно нормативно визначити спеціальний, який буде позначати місце знаходження норм права, у якому його можна знайти та застосувати або використати.

Так М. І. Казюбра джерела права у формальному розумінні розглядає як способи зовнішнього вираження змісту правових норм, – своєрідного «резервуару», з якого суб'єкти правозастосування черпають відповідні норми (правила) для вирішення справи [1, с. 153].

Для визначення сутності та системи таких місць знаходження (резервуарів) норм права для суб'єктів права України пропонуємо, замість всеосяжного терміна «джерела права», використовувати *«джерела права в формальному розумінні»*, під якими слід розуміти зовнішню форму вираження письмових документів у яких знаходяться норми права.

Таке визначення не збігається з іншими інтерпретаціями джерел права і буде однозначно сприйматися як спеціальний юридичний термін.

Визначення терміна «джерела права у формальному розумінні» дає можливість досліджувати питання про те, чи є правовий прецедент одним із таких, які діють в Україні. Офіційно термін «правовий прецедент» не визначений у жодному нормативному документі, який складає законодавство України, включаючи міжнародні договори, які ратифікувала Верховна Рада України. Тоді які підстави вважати, що він діє на території України де факто?

Наведемо декілька прикладів таких підстав, висунутих прихильниками використання правового прецеденту в Україні:

- «у зв'язку зі змінами в економічних, політичних, правових, соціальних відносинах нормативно-правові акти, як основне джерело права, не в змозі охопити і врегулювати нові суспільні відносини, що виникають у суспільстві у зв'язку із довготривалою законодавчою процедурою їх прийняття. Допомогти подолати прогалини в законодавстві покликаний судовий прецедент, що створюється вищими судовими органами України (Конституційний Суд України, Верховний Суд України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищий господарський суд України, Вищий адміністративний суд України)» [4, с. 69];

- «насамперед змінилося саме праворозуміння. На зміну нормативізму прийшов плюралізм правових шкіл, і сучасне праворозуміння – це широке праворозуміння. Для поняття права зараз не так актуальна форма (закон, акт органу управління тощо), як внутрішній його зміст, який включає елементи свободи, гуманізму, рівності і справедливості. Переосмислення поняття права в свою чергу неухильно приводить нас до зміни ролі і значення судової влади, а отже, і до ролі судової практики та її результатів у правовій системі» [4, с. 25];

«у своїй діяльності судова влада повинна не тільки застосовувати закон, але й створювати загальні норми, коли законодавець мовчить. Судова правотворчість знаходить своє відображення у судових прецедентах Конституційного Суду України і в судовій практиці Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищого господарського суду України та Вищого адміністративного суду України» [4, с. 89];

«Незалежно від того, чи визнаються, чи не визнаються за судовою практикою, у тому числі за постановами Пленуму Верховного Суду України, властивості джерела права, фактично вони такими є і мають велике значення для вітчизняної правової системи», – стверджує Д. І. Лусиєнко [5, с. 11].

Тож аналіз цих та інших «підстав» дає можливість окреслити наступну їх сукупність:

- 1) нормативний акт не встигає врегулювати нові правовідносини;
- 2) нормативний акт не здатний взагалі конкретно та справедливо врегулювати правовідносини;
- 3) треба допомогти нормативному акту заповнити прогалини та суперечності в законодавстві і праві;
- 4) на зміну нормативізму прийшов плюралізм правових шкіл;

5) для поняття права зараз не так актуальна форма (закон, акт органу управління тощо), як внутрішній його зміст, який включає елементи свободи, гуманізму, рівності і справедливості;

6) правотворчість знаходить своє відображення в судових прецедентах Конституційного Суду України і в судовій практиці Верховного Суду України, постановках пленуму ВСУ та в інших судових рішеннях;

7) у сучасних кодексах визнається наявність прогалін, при заповненні яких судді діятимуть як законодавці [4, с. 27];

8) недосконалість законодавства (колізії, суперечності, прогалини в ньому); наділення судів правом визнавати недійсними норми органів влади й управління та скасовувати їх свідчить про те, що *компетенція суду поширюється і на нормотворення*; офіційне визнання прецедентів Європейського Суду з прав людини [6, с. 221].

Не всі ці аргументи на підтримку наявності правового прецеденту де факто в системі джерел права у формальному розумінні України можна вважати об'єктивними, але аргументи 6, 7 і 8 необхідно проаналізувати.

Як слушно зауважує Л. М. Ніколенко: «Прецедентна форма права широко використовується в Англії та США. Україна належить до країн статутного права, де суди не мають права формувати прецеденти. У Конституції України закріплений принцип, згідно з яким судді під час здійснення правосуддя незалежні та підкоряються лише закону (ст. 129). Якщо суд підкорятиметься рішенням іншого суду (прецеденту), то тим самим він відступить від цього принципу» [7, с. 11]. Також автор додає, що з позиції двох моделей судової правотворчості – англо-американської та континентальної – необхідно розрізняти два види прецеденту. Англійські суди і нині *не лише застосовують, але і створюють норми права*. Правила, що містяться в судових рішеннях, згідно з англійським правом, повинні застосовуватися і надалі, інакше буде порушена стабільність загального права і поставлено під загрозу саме його існування. У США відношення до прецеденту як джерела права спрощено, тут *цілком допускається зміна судової практики*.

У юридичній літературі розглядають *обов'язкові та переконливі* прецеденти, *правотлумачні* прецеденти [6, с. 220-221]. Постає питання: якщо навіть сам термін «правовий прецедент» не визначений прихильниками ідеї його впровадження в Україні і розглядаються різні змістовні його варіації, не сформульовані відмінності правового прецеденту та судової практики, чи можна стверджувати, що є сенс такого впровадження і всі теоретичні проблеми з цього приводу вже вирішені?

«Незважаючи на широке використання у юридичній термінології понять «судовий прецедент» і «судова практика», у літературі досі відсутній єдиний підхід до розуміння вказаних понять. Крім того, учені досі не прийшли до єдиного висновку про те, яким чином зазначені терміни співвідносяться між собою», – зауважує А. А. Марченко [4, с. 89].

У теорії права терміни «судовий» і «юридичний прецедент» розглядаються як рівнозначні поняття, оскільки є словами синонімами. Юридичний прецедент – це рішення органу державної влади (судової або адміністративної), що приймається як приклад для подальшого розгляду аналогічних справ. Сутність юридичного прецеденту в тому, що раніше прийняте державним органом рішення по конкретній справі набирає силу правової норми для подальшого застосування в аналогічній категорії справ [8, с. 185]. Тобто, аби згодитись на використання в Україні прецеденту,

треба погодитись, що в судових рішеннях (припустимо вищих судових органів) є саме норми права (це означає, що ці органи виконують правотворчу функцію держави), а не думка судового органу про те, що саме означає та чи інша норма (функція правотлумачення).

Як же сьогодні трактує чинне законодавство питання судової правотворчості і дії правового прецеденту в Україні? Стаття 2 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», закріплюючи завдання суду, наголошує: «Суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Тобто завданням суду є здійснення правосуддя (розгляд конкретної справи), і це вид правозастосовної діяльності; *правотворча функція не задується*.

Згідно з п. 6, 7 ст. 13 цього ж закону, *висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду*, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду (ВС), враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права. Як можна зрозуміти, цим законом прямо не передбачений *правотворчий характер висновків Верховного Суду, тобто цьому органу не надано право утворювати нові норми права*, а лише робити висновки щодо правозастосування вже існуючих норм права і пропонувати необхідний варіант їх правозастосування.

З 15.12.2017 року, замість Верховного Суду України (ВСУ), запрацював новостворений Верховний Суд, і *від висновків, які викладені в його постановках, при необхідності можна відступити* відповідно до зміненого законодавства.

Н. Зозуля, досліджуючи питання обов'язковості рішень ВС і ВСУ, на прикладі ЦПК України зазначає: «Дане питання регламентоване ст. 403 ЦПК України (для правових позицій ВС) та п.7 п.п.1 Перехідних положень ЦПК України (для правових позицій ВСУ) і передбачає обов'язок касаційного суду, що розглядає справу і який *вважає необхідність у відступі від раніше викладеної правової позиції*, передати її на розгляд палати, об'єднаної палати чи Великої палати Верховного Суду» [9].

Вищезначене вказує що, висновки, які знаходяться в постановках Верховного Суду, обов'язкові для судів першої та апеляційної інстанцій, але мають механізм зміни їх сутності Верховним Судом, що також не підтверджує наявності *норм права в таких висновках ВС і підтверджує їх функцію тлумачення норм права*.

Закон України «Про судоустрій та статус суддів» наступним чином врегулював завдання Пленуму Верховного Суду в п.2 ст. 46:

- 10¹) з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ *узагальнює практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизує та забезпечує оприлюднення правових позицій Верховного Суду з посиланням на судові рішення, у яких вони були сформульовані;*

- 10²) за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики *надає роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ.*

Тобто постанови Пленуму Верховного Суду взагалі мають рекомендаційний характер і навіть не претендують на наявність у них норм права.

Що стосується «прецедентів» Конституційного Суду України (КСУ), то, як однаково визначають ст. 147, 151², 152 Конституції України та Закон України «Про Конституційний Суд України» (ст.ст. 1, 2, 150, 151), –

– до повноважень КСУ належить вирішення питання *про відповідність Конституції України законів України та в передбачених Конституцією України випадках інших актів, здійснення офіційного тлумачення Конституції України, надання висновків про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість та інші;*

– Конституційний Суд здійснює свою діяльність *на засадах верховенства права, незалежності, колегіальності, гласності, відкритості, повного і всебічного розгляду справ, обґрунтованості та обов'язковості ухвалених ним рішень і висновків;*

– рішення та висновки, ухвалені КСУ, *є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені.*

– закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, *втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення.*

Відповідно до зазначеного, КСУ теж *тлумачить Конституцію України*, на підставі чого видає рішення або висновки щодо відповідності її нормам указаних нормативних документів. Він *нічого не скасовує, ніяких нових норм не формулює і, відповідно, у його актах не може бути норм права.*

Це вже Конституція України формулює правові наслідки для нормативних документів, у разі якщо вони не відповідають Конституції України відповідно до рішень або висновків КСУ.

Розглядаючи питання статусу «прецедента», яким наділяють деякі науковці остаточні рішення Європейського суду з прав людини (Рішення), то необхідно зазначити наступне:

1) Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (Закон) у статті 2 встановлює, що Рішення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) є обов'язковим для виконання Україною відповідно до статті 46 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (Конвенція). Порядок виконання Рішення визначається цим Законом, Законом України «Про виконавче провадження», іншими нормативно-правовими актами з урахуванням особливостей, що передбачені цим Законом.

У ст. 46 Конвенції вказано, що Високі Договірні Сторони *зобов'язуються виконувати остаточні рішення ЄСПЛ у будь-яких справах, у яких вони є сторонами.* Тобто Україна взяла на себе зобов'язання виконувати конкретні Рішення в конкретних справах, у яких вона є стороною. Це означає, що є Рішення, у якому, на думку ЄСПЛ, порушена Конвенція, і Україна повинна його виконати для відновлення порушених прав конкретної особи, котра звернулася до ЄСПЛ. З огляду на це, виникає питання, чому з'явилася ст. 17 Закону наступного змісту: «Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду (ЄСПЛ) як джерело права»? Конвенція – це нормативно правовий договір і є джерелом права; щодо «практики Суду» – законодавець не розкриває цього поняття, але застосовує в ст. 1 Закону наступне: «Практика Суду – практика Єв-

ропейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини». Схема «практика – це практика» не допомагає визначити, що саме вважати практикою суду і, відповідно, «джерелом права».

Законодавець у ст. 17 Закону використав термін «джерело права», який не визначений у законодавстві України (ми це вже досліджували); воно навіть у теорії права наділене численними варіантами змістовного і смислового наповнення.

2). Стаття 32 Конвенції прямо зазначає, що юрисдикція Суду (ЄСПЛ) поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї, поданих йому на розгляд відповідно до статей 33, 34, 46 і 47. Тобто ЄСПЛ – це орган тлумачення й застосування і ніякої правотворчої функції не виконує. Тому Україна, ратифікувавши Конвенцію, з метою її виконання, погодилася виконувати Рішення Суду з конкретних справ, делегувавши йому тлумачення норм Конвенції. То ж де в цій схемі правовий прецедент? Де обов'язковість Рішень до аналогічних справ і що вважати «аналогічними»?

3). Відповідно до статті 13 Закону, Україна вживає заходи загального характеру з метою забезпечення дотримання державою положень Конвенції, порушення яких встановлене Рішенням, забезпечення усунення 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. Такими заходами загального характеру стаття визначає:

- а) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування;
- б) внесення змін до адміністративної практики;
- в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів та інші.

Ця стаття ще раз підтверджує, що Україна виконує положення Конвенції, а Суду делеговане право тлумачити ці положення.

М. С. Кельман, розглядаючи ознаки правових актів, до яких відносяться: 1) нормативно – правові договори, нормативно-правові акти; 2) індивідуально-правові (правозастосовчі) акти; та 3) інтерпретаційні акти (акти тлумачення норм права), – визначає наступну різницю між ними:

- перші встановлюють юридичну норму (правило загального характеру), діють щодо неперсоніфікованого кола суб'єктів правовідносин, мають неодноразовий характер;

- другі встановлюють правила поведінки, поширюються лише на індивідуально визначених суб'єктів у конкретних правовідносинах, мають одноразову дію;

- треті встановлюють правила розуміння юридичної норми, нормативного та індивідуального характеру [10, с. 350].

Тож рішення та висновки судів (у тому числі ВС, КСУ, ЄСПЛ) чітко відповідають другому та третьому видам правових актів.

Що стосується тверджень про прецедентний характер дій суддів при заповненні прогалин, що містяться в законодавстві, які немов діють, як законодавці. Аксіомою є те, що розвиток правовідносин випереджає розвиток законодавства, і це є логічним та природним. Тому судовим органам для вирішення конкретних справ дозволено використовувати аналогію закону (застосування закону, який регулює подібні правовідносини, якщо відсутня норма прямої дії) й аналогію права (застосування принципів

права для вирішення юридичної справи, якщо відсутня можливість використати аналогію закону). У першому випадку суд ніякою правотворчістю не займається, він тільки посилається на вже існуючу норму права при вирішенні справи: в іншому випадку він використовує принципи правового регулювання, які також закріплені у відповідних нормах Конституції України, кодексах або інших законах, і ніяких нових норм права не приймає.

Особливо слід наголосити на актуальності проблем та техніці застосування практики Суду ЄС, з якою вітчизняні суди та органи влади не знайомі, а також з приводу якої виникають певні труднощі щодо правового розуміння текстів рішень Суду ЄС. А. Манаєнко і К. Смірнова досліджували стан виконання Рішень Європейського суду з прав людини у сфері адміністративної юстиції і дійшли наступних висновків про існуючі проблеми [11]:

1) мають місце різні підходи щодо застосування того чи іншого рішення ЄСПЛ. Так, з одного боку, існує правова позиція: оскільки, відповідно до ч. 1 ст. 46 Конвенції, високі Договірні Сторони зобов'язались виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, вони є сторонами, прецедентний характер мають виключно рішення, у яких Україна була стороною процесу. З іншого боку, існує правова позиція, що всі рішення ЄСПЛ є джерелом права.

2) відповідно до ст. 1 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», *під практикою Суду закон розуміє всю без винятку практику ЄСПЛ*. Відповідно до ч. 2 ст. 6 КАСУ, *суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ)*. Однак, згідно з ч. 1 ст. 7 КАСУ, *суд вирішує справи відповідно до Конституції та законів України, а також міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України*;

3) виникають проблеми із офіційним перекладом рішень ЄСПЛ у справах, де Україна не була стороною, оскільки багато таких рішень ЄСПЛ станом на сьогодні не мають офіційного перекладу державною мовою. А, відповідно до ст. 18 вищенаведеного Закону, суди мають використовувати офіційний переклад рішення Суду, що надрукований в офіційному виданні, або, за відсутності перекладу, оригінальним текстом. Однак працювати з оригінальним текстом рішення ЄСПЛ досить складно, не маючи відповідної філологічної підготовки, та й хто перевірятиме правильність перекладу суддею та, відповідно, застосування такого рішення ЄСПЛ;

4) проблемою використання практики ЄСПЛ є вибірковість її застосування, порушення так званого юрисдикційного критерію, де фабула справи в рішенні ЄСПЛ відрізняється від фактичних обставин, які досліджуються вітчизняними суддями при вирішенні публічно-правового спору у відповідній адміністративній справі, хоча і в цьому рішенні ЄСПЛ, і в рішенні відповідного адміністративного суду застосовується один і той же правовий принцип. Та й взагалі *схожість фактичних обставин в адміністративній справі й обставин справи, що була вже розглянута ЄСПЛ, не може слугувати безапеляційному застосуванню адміністративним судом відповідного рішення ЄСПЛ*.

Ці та інші висвітлені проблеми застосування Рішень ЄСПЛ підтверджують, що вказаний закон не досконало та недостатньо зрозуміло врегулював питання щодо застосування судами при розгляді справ, Конвенції та практики ЄСПЛ як джерела права (ст. 17 Закону) (курсивом – від авт. О. А.).

Також слушно додають А. Манаєнко і К. Смірнова у висновку про практику застосування Рішень ЄСПЛ: «...зважаючи на велику кількість прогалин та суперечностей у чинному законодавстві, бачимо, що більш переконливими та дієвими для національних судів є узагальнення та роз'яснення найвищого органу в системі судів загальної юрисдикції України щодо однаковості та правильності розуміння норм та приписів, у застосуванні яких виникають труднощі. Такий стан речей обумовлює необхідність опосередкування зазначеної судової практики Європейського суду та статті 1 Першого протоколу до Конвенції, зокрема, через роз'яснення Пленуму ВСУ» [11].

Підтримуючи теоретичні намагання, які обґрунтовують фактичну наявність прецеденту в правовій системі України або хоча б використання такого в майбутньому, необхідно відповісти на такі питання:

- чи потрібна ця архаїчна модель формування норм права в сучасному суспільстві?
- скільки країн її використовують?
- чому кількість країн, правова система яких відноситься до романо-германської правової сім'ї, на порядок вища за сім'ю загального права ?
- які є складності правозастосування в країнах загального (англо-саксонського) права?

У період розвитку державного буття суспільства судові (правові) прецеденти, як джерела права у формальному розумінні, дійсно виправдовували себе, тому що законодавство було в зародковому стані й рішення судів мали першорядне значення. Сучасне законодавство розвинуте, гнучке, складається із законів і підзаконних актів, які мають можливість швидко реагувати на потреби суспільства. Тільки політичні та економічні лобі створюють умови для протиріч та прогалин у законодавстві.

Тож мова повинна йти про забезпечення економічної та зовнішньої безпеки під час законотворчої діяльності, а не про розширення джерел права у формальному розумінні.

І ще на одне важливе питання треба відповісти прихильникам визнання правового прецеденту в Україні. Чи був ними прорахований алгоритм дій законодавчого та інших правотворчих органів, якщо визнають правовий прецедент джерелом права у формальному розумінні у разі прийняття (зміни) Кодексу (закону)? Сьогодні в тексті такого нормативного акту вказується, які нормативні акти припиняють дію повністю (або в частині), і на цьому все закінчується, система права знову працює. Хто і де буде визначати, які з тисяч правових прецедентів і у якій частині припиняють діяти (вважатися джерелом права) у формальному розумінні? Які складності спостерігають правозастосовні органи, науковців, юридичну спільноту та навіть студентів, котрі будуть намагатися це все зіставити та усвідомити?

Видатний радянський науковець С. С. Алексєєв вказував на те, що судова практика носить підзаконний характер. Юридична практика не може коригувати, встановлювати, змінювати, доповнювати вже існуючі нормативно-правові акти – вона має лише службовий (допоміжний) характер, тому повинна конкретизувати юридичні норми в процесі тлумачення з урахуванням особливостей даної ситуації в межах застосування права [12, с. 88].

Як зазначає В. С. Нерсисянц, норми (правила) прецедентного права мають такі достоїнства, як конкретність і гнучкість, але вони казуїстичні, позбавлені ясності й чіткості абстрактно-загальних норм романо-германського права. Це перешкоджає кодифікації прецедентного права за зразком романо-германських кодексів [3, с. 468].

У сучасних умовах спостерігається тенденція відходу від традиційної концепції закону і посилення його самостійної ролі при регулюванні нових суспільних відносин (питань соціального забезпечення, освіти, охорони здоров'я тощо), які виходять за межі традиційної сфери дії прецедентного права. Таке законодавче право (статутне право) протиставляється прецедентним правом (загальним правом у широкому сенсі), і до нього не застосовуються традиційні принципи прецедентного права. *Парламенти, приймаючи такі закони, вимагає, щоб вони застосовувалися саме в тому вигляді, як він встановив, а не в традиційному порядку тлумачення й застосування законів із позицій судових прецедентів* [13, с. 469].

Як бачимо, тоді як в Україні намагаються сформулювати підстави для офіційного визнання правового прецеденту як джерела права у формальному розумінні – світові тенденції, навпаки, свідчать, що кількість прихильників статутного права зростає і складає та застаріле прецедентне право втрачає колишню привабливість.

Висновок. Отже, можна стверджувати, що:

- для позначення місць (резервуарів) знаходження норм права в правовій системі України доцільно використовувати визначення – джерела права у формальному розумінні;

- правовий прецедент в Україні офіційно не визнаний джерелом права у формальному розумінні і на сьогодні відсутні причини та об'єктивні підстави (чинне законодавство) стверджувати, що він діє в Україні де факто;

- необхідність офіційного визнання правового прецеденту джерелом права у формальному розумінні сумнівна з точки зору стану її теоретичного підґрунтя, ефективності, традицій правового регулювання в Україні та враховуючи сучасні тенденції в країнах загального права, у яких саме нормативно-правовий акт посилює значення при регулюванні правовідносин.

- необхідно припинити дію статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», яка намагається визначити очевидне (Конвенція – це джерело права у формальному розумінні), і використовує невдалий, многозначний термін («джерело права»), порушує принцип, визначений у Конвенції, – її сторони дотримуються норм Конвенції (стаття 1) та виконують Рішення ЄСПЛ у конкретних справах (стаття 46).

Використані джерела:

1. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Баїте, 2015. 392 с.
2. Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків: Право, 2009. 584 с.
3. Ожегов С. И. Словарь русского языка. Москва: Рус. яз., 1991. 917 с.
4. Марченко А. А. Судовий прецедент у правовій системі України (1991-2010): дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук: спец. 12.00.01 «теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Марченко А. А. Київ, 2015. 199 с.

5. Луспенник Д. Отечественная судебная практика как дополнительный источник права / Д. Луспенник // *Юридическая практика*. 2004. № 23(337). С. 10 - 12.

6. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: Підручник. 4-те видання. Київ. Алерта. 2016. 528 с.

7. Ніколенко Л. М. Щодо визначення правового прецеденту в Україні / *Науковий вісник Ужгородського національного університету, Серія ПРАВО*. Випуск 27. Том 2. 2014. С. 11-15.

8. Хропанюк В. Н. Теория государства и права: Учебное пособие для высших учебных заведений / Под ред. профессора В. Г. Стрекозова «Дабатов, Ткачѣв Димов», 1995. 384 с.

9. Зозуля Н. Чи обов'язково судам враховувати правові позиції ВСУ і хто може від них відступати: теорія та практика / *Протокол. Юридичний інтернет ресурс* 23.03.2018 р. [Електрон. ресурс]. URL: https://protocol.ua/ua/chi_obov_yazkovo_sudam_vrahovuvati_ppravovi_pozitsii_vs_u_ihto_moge_vid_nih_vidstupati_teoriya_ta_praktika/.

10. Кельман М. С. Загальна теорія держави і права: Підручник. Київ: Кондор - Видавництво, 2016. 716 с.

11. Манасенко А., Смірнова К. Застосування практики ЄСПЛ та суду ЄС на прикладі адміністративного судочинства *Юридична Газета online*. №8 (714). 2020 р. [Електрон. ресурс]. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/zastosuvannya-praktiki-espl-ta-sudu-es-na-prikladi-admini-strativ-nogo-sudochinstva.html>.

12. Алексеев С. С. Проблемы теории права: Курс лекций в 2-х т. / С. С. Алексеев. Т. 2. Свердловск, 1973. 401 с.

13. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства: учебник. Москва: Норма, 2012. 560 с.

References:

1. Zahalna teoriia prava: Pidruchnyk. (2015) M. I. Koziubra. Kyiv: Vaite. [in Ukrainian].
2. Zahalna teoriia derzhavy i prava. (2009) M. V. Tsvik, O. V. Petryshyn, L. V. Avramenko (Eds.) et al.; M. V. Tsvik, & O. V. Petryshyn (Ed.). Kharkiv: Pravo. [in Ukrainian].
3. Ozhegov, S. Y. (1991) Slovar russkogo yazyka. Moskva: Rus. yaz. [in Russian].
4. Marchenko, A. A. (2015) Sudovi pretseident u pravovii systemi Ukrainy (1991-2010). *Candidate's thesis*. Marchenko A. A. (Ed.) Kyiv. [in Ukrainian].
5. Luspenik, D. (2004) Otechestvennaya sudebnaya praktika kak dopolnitelnyj istochnik prava. *Yuridicheskaya praktika - Legal practice*, 23(337), 10-12. [in Russian].
6. Skakun, O. F. (2016) Teoriia derzhavy i prava: Pidruchnyk. Kyiv. Alerta. [in Ukrainian].
7. Nikolenko, L. M. (2014) Shchodo vyznachennia pravovoho pretseidentu v Ukraini / *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu, Seriia PRAVO - Scientific Bulletin of Uzhhorod National University, LAW Series, issue 27, vol. 2*, 11-15. [in Ukrainian].
8. Hropanyuk, V. N. (1995) Teoriya gosudarstva i prava: Uchebnoe posobie dlya vvysshih uchebnyh zavedenij. V. G. Strekozov (Ed.) «Dabahov, Tkachyov Dimov». [in Russian].
9. Zozulia, N. Chy obov'yazkovo sudam vrakhovuvaty pravovi pozytsii VSU i khto mozhe vid nykh vidstupaty: teoriia ta praktyka. / *Protokol. Yurydychnyi internet resurs - Protocol. Legal internet*, in Ukrainian].
10. Kelman, M. S. (2016) Zahalna teoriia derzhavy i prava: Pidruchnyk. Kyiv: Kondor - Vydavnytstvo. [in Ukrainian].
11. Manaienko, A., Smirnova, K. Zastosuvannya praktyky YeSPL ta sudu YeS na prykladi administratyvnoho sudochynstva / *Yurydychna Hazeta online - Legal Newspaper online*, 8 (714), 2020.

(2020) URL://<https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/zastosuvannya-praktiki-espl-ta-sudu-es-na-prikladi-admini-strativ-nogo-sudochinstva.html>. [in Ukrainian].

12. Alekseev, S. S. (1973) Problemy teorii prava: Kurs lekcij. (Vol.1-2; Vol. 2) S. S. Alekseev (Ed.) Sverdlovsk. [in Russian].

13. Nersesyanc, V. S. (2012) Obshaya teoriya prava i gosudarstva: uchebnik. Moskva: Norma. [in Russian].

Стаття надійшла до редакції 26.08.2020

Любчик А. А.,

доктор юридических наук, доцент,
профессор кафедры государственно-правовых
дисциплин Луганского государственного
университета внутренних дел имени Э. А. Дидоренко
(г. Северодонецк, Украина)

ПРАВОВОЙ ПРЕЦЕДЕНТ - ИСТОЧНИК ПРАВА В УКРАИНЕ: ДА ИЛИ НЕТ?

В статье исследуются подходы к определению содержания и правовой природы правового прецедента как источника права в формальном смысле и его возможность выполнять функции таких источников в Украине.

Исследуются различные подходы к определению понятий «источники права», «форма права», «правотворчество», «нормативность», «судебная практика».

Сформулированы конкретные предложения по изменению действующего законодательства; предложено содержание и определение термина источника права в формальном смысле; обосновывается тезис об отсутствии в Украине такого источника права, как «правовой прецедент», и сделан вывод о нецелесообразности и неуместности его использования в украинской правовой системе в будущем.

Ключевые слова: правовой прецедент, источник права, форма права, судебная практика, правотворчество, нормативность, правоприменение, толкование норм права.

Lyubchik O.,

Doctor of Laws, Docent, Professor of the
Department State and Legal disciplines
Luhansk State University of Internal
Affairs named after E. Didorenko
(Sievierodonetsk, Ukraine)

LEGAL PRECEDENT - THE SOURCE OF LAW IN UKRAINE: YES OR NO?

The article examines approaches to determining the content and legal nature of a legal precedent as a source of law in a formal sense and its ability to perform the functions of such sources in Ukraine. Various approaches to the definition of the concepts of "sources of law", "form of law", "lawmaking", "normativeness", "judicial practice" are investigated.

Specific proposals for changing the current legislation are formulated, the content and definition of the term source of law in a formal sense is proposed, the thesis is substantiated that

there is no such source of law in Ukraine as a "legal precedent" and the conclusion is drawn that it is inexpedient and inappropriate to use it in the future in the Ukrainian legal system.

The purpose of this study is to determine the content and legal nature of legal precedent as a source of law and its ability to function as a source of law in Ukraine, to propose the content and definition of the term source of law in the formal sense, to provide specific proposals to change existing legislation law enforcement issues related to the terms "source of law" and "legal precedent".

At the end of this study we can say the following:

- to indicate the places (reservoirs) of law in the legal system of Ukraine, it is advisable to use the definition - the source of law in the formal sense;

- legal precedent in Ukraine is not officially recognized as a source of law in the formal sense and currently there are no reasons and objective grounds (current legislation) to claim that it operates in Ukraine "de facto";

- the need for official recognition of legal precedent as a source of law in the formal sense is questionable in terms of its theoretical basis, efficiency, traditions of legal regulation in Ukraine and given current trends in common law countries, where it is the normative legal act increases the importance of regulation.

- it is necessary to terminate Article 17 of the Law of Ukraine "On Enforcement of Judgments and Application of the Case Law of the European Court of Human Rights", which tries to define the obvious (Convention is a source of law in the formal sense), uses an unfortunate, ambiguous term (source of law) in the Convention - its parties comply with the provisions of the Convention (Article 1) and implement the Judgments of the ECtHR in specific cases (Article 46).

Keywords: legal precedent, source of law, form of law, judicial practice, lawmaking, normativity, law enforcement, interpretation of legal norms.