

**Б. І. ШАЦЬКА. СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ: ФОРМИ ОБХОДУ**

Досліджуються шляхи уникнення застосування судового прецеденту в країнах загального права. Порівнюються дві форми обходу судового прецеденту: відхилення прецеденту та розрізнення прецеденту.

**Ключові слова:** судовий прецедент, обхід прецеденту, відхилення прецеденту, розрізнення прецеденту, ретроспективне відхилення, проспективне відхилення.

В статті досліджуються пути избежания применения судебного прецедента в странах общего права. Сравниваются две формы обхода судебного прецедента: отклонение прецедента и разграничение прецедента.

**Ключевые слова:** судебный прецедент, обход прецедента, отклонение прецедента, разграничение прецедента, ретроспективное отклонение, проспективное отклонение.

In the article the ways of ambages of judicial precedent in common law countries are studied. Two forms of ambages are compared: overruling of precedent and distinguishing of precedent

**Key words:** judicial precedent, ambages of precedent, overruling of precedent, distinguishing of precedent, retrospective overruling, prospective overruling.

Проблематика судового прецеденту завжди була і залишається предметом наукових дискусій. В радянську епоху, де панувала позитивістська концепція праворозуміння, офіційна правова доктрина відкидала можливість існування судового прецеденту у вітчизняній правовій системі. Сьогодні в літературі дедалі частіше звучать пропозиції щодо необхідності запровадження в Україні судового прецедента як офіційного джерела права. На підтримку прецеденту зазвичай висувають такі аргументи: визначеність, здатність до саморозвитку, практичність, гнучкість і здатність до адаптації, ефективність для досягнення єдності судової практики, для забезпечення принципів рівності сторін та верховенства права; забезпечення балансу між стабільністю та динамікою права<sup>1</sup>. У працях вітчизняних вчених судовому прецеденту присвячено чимало уваги. Аналіз окремих аспектів цього явища знаходимо у роботах Б. Малишева, Н. Гураленко, М. Козюбри, Д. Кухнюка, Л. Луць, Ю. Матата, Н. Пархоменко, І. Погрібного, Н. Стецика, С. Шевчука та ін. Проте комплексних наукових досліджень правової природи судового прецеденту на сьогодні в Україні немає, що зумовлює неоднозначність розуміння суті цього правового феномену та його ролі у системі права. У зв'язку з цим існує необхідність подальшого більш глибокого вивчення закономірностей розвитку судового прецеденту та механізму його функціонування в різних правових сім'ях.

Одна з характерних властивостей судового прецеденту – це його здатність швидко пристосовуватися до динамічних змін матеріального світу. Разом з тим, ця гнучкість неможлива без оновлення системи права, без «очищення» від застарілих та суперечливих прецедентів. У традиції загального права, де судовий прецедент відіграє домінуючу роль, існують механізми, які дозволяють судам уникати застосування неефективних прецедентів, які з тих чи інших причин неможливо скасувати. Такі механізми в літературі дістали назву обходу судового прецеденту<sup>2</sup>. Мета нашого дослідження – з'ясувати можливості такого обходу на прикладі країн анло-саксонської правової сім'ї, оскільки саме в цих правових системах судовий прецедент існує і розвивається у своєму класичному прояві протягом тривалого часу.

Виділяють дві головні форми обходу судового прецеденту. Перша, найбільш типова, – це розрізнення, при якому апеляційний суд приймає попередній прецедент, але обмежує рамки його застосування і встановлює нове правило для обставин, до яких попередній прецедент більше не застосовується. Друга, менш типова форма, – відхилення прецеденту, при якому апеляційний суд просто замінює прецедент новим правилом. Розглянемо зазначені форми більш детально, при цьому розпочнемо з характеристики другої форми.

Під відхиленням прецеденту прийнято розуміти форму його обходу, при якій попереднє прецедентне рішення відкидається судом із заміною діючого правового принципу (правової норми) на новий (нову) у процесі судового розгляду. Вказана форма обходу зазвичай застосовується судами, коли існує потреба скасувати прецедент з певних причин. На сьогодні наукою не розроблені уніфіковані критерії, за якими суд вирішує, відхиляти прецедент чи ні, що змушує дослідників застосовувати емпіричний метод і звертатися до судової практики. Так, наприклад, американський учений Крістофер П. Бенкс, аналізуючи прецедентну практику Верховного Суду США, виділяє п'ять правових факторів, які впливають на прийняття рішення про відхилення прецеденту. По-перше, рішення залежить від того, чи судова справа підлягає вирішенню на підставі конституції, чи на підставі статутного права. По-друге, чи не суперечить таке рішення справедливості та суспільному добробуту. По-третє, чи ступінь застосування та довіри до прецеденту є достатньо суттєвим, що гарантує утримання суду від його обходу. Четвертий фактор – однаковість суду при проголошенні норми права. Іншими словами, сила прецеденту залежить від того, чи приймалося рішення при створенні прецеденту одноголосно, чи позиції суддів розділилися. І остання, п'ята, ключова змінна традиційної парадигми – це вік прецеденту, де вагомість певного правового принципу залежить від того, чи проявлявся він як авторитетне правило протягом тривалого часу<sup>3</sup>. Ми поділяємо позицію автора про те, що всі вказані фактори є інтегральними компонентами судового рішення про відхилення прецеденту і повинні застосовуватися в комплексі. Американські дослідники Джеймс Ф. Спрігс та Томас Дж. Хенсфорд також пояснюють відхилення комплексними причинами. На думку вчених, рішення суду про відхилення прецеденту частково ґрунтується на ідеологічних засадах, але разом з тим істотно обумовлене також правовими нормами та певними властивостями прецеденту<sup>4</sup>. У зв'язку з цим автори задекларували низку умов, які пояснюють закономірності прийняття рішення про відхилення прецеденту: 1) чим більша ідеологічна розбіжність між прецедентом і відповідним судом, тим більша ймовірність відхилення прецеденту; 2) існує менша ймовірність відхилення прецеденту, якщо він базувався на законодавчому, а не на конституційному тлумаченні; 3) що частіше суд оцінював прецедент позитивно (тобто чітко слідував йому), тим менша ймовірність відхилення прецеденту, і навпаки; 4) чим ближче ідеологічно домінуюче політичне оточення до прецеденту, тим менша ймовірність, що прецедент буде відхилено; 5) існує більша ймовірність відхилення прецеденту, якщо коаліція суддів, що підтримала таке рішення, складалася з незначної кількості суддів, і навпаки: якщо коаліція суддів, що підтримали рішення, була однакостною, ймовірність відхилення прецеденту менша; 6) чим більша кількість конкурентних позицій (окремих думок – прим. наша), що були оприлюднені разом із прецедентом, тим більша ймовірність відхилення прецеденту<sup>5</sup>.

Приймаючи рішення про відхилення прецеденту, суд може застосовувати різні підходи. Так, наприклад, суд може зазначити, що певне положення є нормою права і якщо воно відрізняється від попереднього розуміння про те, що є право, то

таке попереднє розуміння є хибним і відтепер повинно трактуватися так, як вказує суд у своєму новому рішенні. У такому випадку йдеться про так зване ретроспективне відхилення: новий прецедент має зворотну дію в часі і поширюється на всі правовідносини, що виникли до моменту прийняття такого прецеденту, включаючи спірні правовідносини між сторонами у справі, що була предметом судового розгляду<sup>6</sup>. Прикладом ретроспективного відхилення прецеденту може слугувати рішення Палати Лордів у справі *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd* (2005). Справа стосувалася облигацій, які компанія *Spectrum Plus Ltd* випустила для покриття заборгованості перед *National Westminster Bank Plc*. На момент розгляду цієї справи вважалось, що такі облигації були забезпечені твердою заставою, тому банк мав перевагу перед іншими кредиторами і міг претендувати на всі доходи від реалізації будь-якого майна боржника. Це питання права було вирішене у справі *Siebe Gorman v Barclays Bank* (1979). Проте у справі *National Westminster Bank Plc v Spectrum Plus Ltd* Палата Лордів одноголосно вирішила, що попередній прецедент *Siebe Gorman v Barclays Bank* був помилковий щодо права і повинен бути відхилений, а облигації були визнані такими, що забезпечені плаваючою заставою, тобто заставою товарів у обігу. Нове правоположення, що стосувалося характеристик плаваючої застави у справі *Spectrum Plus*, потягло за собою нові наслідки стосовно пріоритетних кредиторів, і банк втратив свої переваги перед іншими кредиторами. Облигації були випущені до моменту оголошення нового правоположення з дотриманням норми права, встановленої у справі *Siebe Gorman*. У зв'язку з цим нова правова норма у справі *Spectrum Plus* мала зворотну дію, що дозволило змінити статус випущених облигацій<sup>7</sup>.

Суд може піти також іншим шляхом і вказати, що певне положення є нормою права, проте, оскільки до моменту прийняття судового рішення всі правовідносини організувалися на основі іншої правової норми, нове розуміння права стосується тільки тих подій, що відбуватимуться після прийняття відповідного судового рішення. При такому підході нова правова норма поширюватиме свою дію тільки на ті правовідносини, що виникли після винесення прецедентного судового рішення; всі інші правовідносини підлягають регулюванню попереднім, «старим», правом. Такий підхід є прикладом так званого «чистого» проспективного (прямого) відхилення і тривалий час був популярним у судах США.

Суди також часто вдаються до варіативних комбінацій двох описаних підходів. Наприклад, залишаючись проспективним щодо всіх майбутніх правовідносин, прецедент може мати зворотну силу як до правовідносин між сторонами у справі, так і до правовідносин між сторонами в інших справах, розгляд яких уже триває в суді. Крім цього, при відхиленні прецедент може мати ретроспективну дію тільки щодо правовідносин між сторонами справи і проспективну дію до всіх інших правовідносин<sup>8</sup>. Такий вид відхилення ще називають вибіркоким<sup>9</sup>. Вважаємо, що саме цей варіант є найбільш характерним для судової практики як такий, що відображає правову природу класичного прецеденту.

Характеризуючи обхід судового прецеденту через його відхилення, змушені констатувати, що на сьогодні у літературі відсутня системна класифікація випадків застосування судами такої форми. Зазвичай дослідники обмежуються згадками про окремі випадки відхилення, посилаючись на судову практику. У зв'язку з цим спробуємо провести власну класифікацію випадків застосування судами відхилення прецеденту, взявши за основу перелік, запропонований відомим англійським юристом Р. Кроссом<sup>10</sup>. На нашу думку, можна виокремити такі випадки відхилення:

1) залежно від місця суду в ієрархії системи судів: пряме або безпосереднє відхилення – може застосовуватися судами однієї ланки для відхилення власних прецедентів; перехресне відхилення – може застосовуватися судами різних ланок для відхилення прецедентів, прийнятих у різних інстанціях;

2) залежно від можливості скасування рішення про відхилення: неоспорюване відхилення – може застосовуватися тільки судом найвищої ланки, рішення якого є остаточним і не може бути оспорене в національній юрисдикції; оспорюване відхилення – може застосовуватися судами нижчих ланок, проте завжди існує ризик скасування такого рішення вищим судом.

3) залежно від причини відхилення: якщо прецедент був прийнятий *per incuriam* (за недбалістю); якщо прецедент був прийнятий під впливом помилки; якщо існують два і більше прецеденти, що конфліктують між собою; якщо прецедент застарів та існує обґрунтована потреба в його скаванні; якщо прецедент суперечить нормам чинного законодавства, за умови, що ці норми були прийняті пізніше, ніж прецедент був створений;

4) за способом дії прецеденту в часі: ретроспективне відхилення; проспективне (пряме) відхилення; змішане відхилення.

Сподіваємось, що запропонована класифікація може бути використана як підґрунтя для подальшого системного аналізу відхилення як форми обходу судового прецеденту, що, в свою чергу, дозволить поглибити розуміння механізму функціонування прецеденту як такого.

Деякі вчені називають відхилення прецеденту скасуванням<sup>11</sup>. Також існує думка, що скасуванням є окремі наведені вище нами випадки відхилення<sup>12</sup>. Дослідивши природу цих явищ, ми не можемо погодитися з такими позиціями. Вважаємо, що скасування та відхилення прецеденту – це два різні поняття, які не можуть бути ні ототожнені, ані віднесені до одного категоріального ряду. На користь такого висновку свідчить, зокрема, той факт, що в західній юридичній літературі для позначення цих понять використовуються два різні терміни: «*overruling*» та «*reversing*». Так, за визначенням юридичного словника Блека одне із значень терміна «*to overrule*» – замінити; відхилити з вининням наступної дії чи з прийняттям наступного рішення. За Блеком судове рішення вважається відхиленим («*overruled*»), коли рішення, винесене пізніше тим самим судом чи судом вищої ланки в одній системі, виражає висновок з такого самого питання права, прямо протилежний до висновку, що був зроблений раніше, і тим самим позбавляє попередній висновок прецедентного авторитету<sup>13</sup>. Під терміном «*to reverse*» у словнику Блека розуміється термін, що часто використовується у рішеннях апеляційних судів і означає «скасувати; анулювати; відмінити»<sup>14</sup>. Тобто при відхиленні відбувається заміна прецеденту, а термін «скасування» передбачає анулювання судового рішення без створення нового прецеденту і може бути застосований тільки до рішень апеляційних судів, що скасовують рішення судів нижчої ланки і не мають прецедентного характеру. Отже, вказані правові категорії мають різне змістовне наповнення.

Слід зазначити, що на практиці відхилення прецедента не завжди тягне заміну «старого» правила на «нове». Формально вважається, що при відхиленні попередній прецедент замінюється іншим і, відповідно, втрачає свою дію. Проте відомі випадки, коли судді *de facto* відхиляють свої попередні прецеденти і у новому судовому рішенні не зазначають про наслідки такого відхилення. Така практика в літературі отримала назву прихованого відхилення («*stealth overruling*»): суд відмовляється застосовувати певний прецедент у конкретній справі, відхиляє його, але питання про подальшу дію останнього залишається відкритим.

тим<sup>15</sup>. При такому виді відхилення старі прецеденти відсікаються без прямої вказівки про їх заміну на нові, їх зміст спотворюється або звужується тільки до фактичних обставин справи і від прецедентів залишається тільки назва. На думку сучасних американських критиків, така практика судів – це нова і дуже погана звичка<sup>16</sup>. Деякі дослідники вважають, що відхилення прецеденту є найбільш радикальним результатом, який може бути у системі загального права, оскільки з визнанням відхилення і змін у діючому праві вносяться елементи непостійності, свавілля та непевності<sup>17</sup>. Тому, через те, що відхилення прецеденту руйнує стабільність права, судді часто використовують тактику розрізнення прецеденту замість його відхилення. Під розрізненням розуміють впровадження нової правової норми, що не заперечує судового прецеденту, проте додає нові матеріальні аспекти при винесенні судового рішення; при цьому вважається, що судові рішення повинно залежати як від попереднього встановлених, так і від нових аспектів<sup>18</sup>. При розрізненні судді зазвичай вдаються до таких механічних хитрощів: декларативна частина рішення у попередній справі оголошується *dictum*; встановлюється, що факти попередньої справи не є аналогічними фактам у справі, що розглядається; визнається, що певний прецедент не є настільки обов'язковим, як інші, наприклад, через те, що обставини справи були недостатньо добре досліджені чи детально вивчені<sup>19</sup>. Виділяють два види розрізнення: необмежувальне і обмежувальне. Про необмежувальне розрізнення мова йде тоді, коли суд приймає виражене *ratio decidendi* попередньої справи і не намагається звужити його, але вважає, що справа, яка розглядається, не підпадає під таке *ratio decidendi* через певну різницю у істотних фактичних обставинах. При обмежувальному розрізненні виражене *ratio decidendi* попередньої справи звужується, оскільки суд розцінює як істотні певні факти первинної справи, які попередній суд вважав неістотними<sup>20</sup>.

Оцінюючи ефективність описаних вище форм, більшість дослідників віддає перевагу розрізненню. На думку Н. Дженнайолі та А. Шлайфера, непостійність права у зв'язку з відхиленням прецеденту – це зворотна сторона недоліків прецеденту і полегшений шлях для його зміни. При відхиленні еволюція права просто відображає нестійкість суддівського розсуду, в той час як при розрізненні навіть при упередженості суддів з огляду на те, що попередні правові норми повинні поважатися, розвиток права навпаки відображає його вдосконалення з часом і має суспільну користь. Така позиція дає ученим підстави вважати, що вибір апеляційних судів на користь механізму розрізнення може стати ефективним способом для зняття напруги між стабільністю та змінами у будь-якій системі прецеденту<sup>21</sup>.

На нашу думку, головна перевага розрізнення над відхиленням – це збереження авторитету вже створених прецедентів. Так, при розрізненні існуючий прецедент не застосовується, але залишається в силі, в той час як при відхиленні зазвичай такий прецедент або замінюється новим і втрачає дію, що за певних умов ще можна розцінювати як деякий поступ у еволюції права, або ставиться у конкурентні умови з новостворюваним прецедентом і тим самим перестає слугувати повноцінним регулятором суспільних відносин. Останній варіант є найнебезпечнішим, так як значна кількість прецедентів з різним змістом, які застосовуються до однакових чи схожих правовідносин, призводить до колізій та суперечностей, розбалансовує єдність судової практики, що, в свою чергу, призводить до порушення принципу правової визначеності як одного з елементів верховенства права. Хоча, з іншого боку, механізм відхилення більш дієвий у напрямку вдосконалення прецедентного права, так як саме завдяки відхиленню незаконний, застарілий чи суперечливий прецедент може бути оперативно скасований чи

модифікований з урахуванням нових суспільних потреб, що характеризуються значною динамікою. Механізм розрізнення дає змогу тільки ігнорувати неефективні прецедентні норми, проте не дає можливості їх усунути. Однак при прийнятті рішення на користь відхилення чи розрізнення судам у кожному конкретному випадку слід враховувати цілий комплекс факторів, включаючи фактичні обставини справи, галузь права, у якій приймається рішення, тенденції судової практики, спрямованість потреб суспільства у відповідній сфері правовідносин та ін.

Як свідчить викладене, у традиції загального права існують процедури, які дозволяють ефективно використовувати судовий прецедент у механізмі правового регулювання. Вважаємо, що такий досвід може бути використаний при дослідженні проявів судового прецеденту в Україні, особливо з урахуванням останніх змін у діяльності Верховного Суду України в результаті проведення судової реформи. Серед перспективних досліджень у цьому напрямку ми бачимо аналіз можливості та способів використання описаних вище форм обходу Верховним Судом України при прийнятті рішень з підстав неоднакового застосування однієї і тієї ж норми матеріального права в подібних правовідносинах, а також формулювання критеріїв для вибору таких форм з урахуванням особливостей вітчизняного судового процесу.

1. *Малишев Б.В.* Судовий прецедент у правовій системі Англії. – К.: Праксіс. – 2008. – С. 231; *Шевчук С.В.* Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К.: Реферат, 2007. – С. 373-374. 2. *Gennaioli Nicola, Shleifer Andrei.* Overruling and the Instability of Law / NBER Working Paper No. 12913. – February 2007. – JEL No. K13, K4. – С. 3. 3. *Banks Christopher P.* Reversals of Precedent and Judicial Policy-Making: How Judicial Conceptions of Stare Decisis in the U.S. Supreme Court Influence Social Change / Akron Law Review [Vol. 32:2, 1999]. – С. 3. 4. *Spriggs James F., Hansford Thomas G.* Explaining the Overruling of U. S. Supreme Court Precedent. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.law.berkeley.edu/institutes/csls/precjopfinal.pdf> – С. 3-4. 5. *Spriggs James F., Hansford Thomas G.* Цит. праця. – С. 3-10. 6. *Holland James, Webb Julian.* Learning Legal Rules. Seventh Edition. / OUP Oxford; 7 edition (13 May 2010). – С. 161. 7. *Wall JRN.* Prospective Overruling – It's About Time. – A dissertation submitted in partial fulfilment of the degree of Bachelor of Laws (Honours) at the University of Otago – Te Whare Wananga o Otago. – October 2007. – 56 pages. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.otago.ac.nz/law/oylr/2007/Wall.pdf>. – С. 9. 8. *Holland James, Webb Julian.* Цит. праця. – С. 161-163. 9. *Wall JRN.* Цит. праця. – С. 30. 10. *Кросс Рунерт.* Прецедент в англійском праве / Под общ. ред. Ф. М. Решетникова. – М.: Юрид. лит-ра, 1985. – С. 152-154. 11. *Шевчук С. В.* Цит. праця. – С. 381. 12. *Tufal Asif.* Judicial Precedent. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.a-level-law.com/els/judicial\\_precedent.htm](http://www.a-level-law.com/els/judicial_precedent.htm). – С. 3-4. 13. *Black Henry Campbell M.A.* A Law Dictionary. Second edition. – St. Paul, Minn., West Publishing Co. 1910. – С. 451. 14. Там само. – С. 498. 15. *Friedman Barry.* The Wages of Stealth Overruling (With Particular Attention to Miranda v. Arizona) (July, 23, 2010) / Georgetown Law Journal, 2010. – New York University School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Working Paper No. – 10-42. – С. 12. 16. *Horwitz Paul.* Reversing by Degrees. / Constitutional Law: Jotwel. The Journal of Things We Like (Lots). – August, 19, 2010. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://conlaw.jotwell.com>. 17. *Ben-Yishai Ayelet.* Victorian Precedents: Narrative Form, Law Reports and Stare Decisis. – Law, Culture and the Humanities 2008, 4: 382. – С. 396. 18. *Gennaioli, Nicola, Shleifer Andrei.* The Evolution of Precedent / The Harvard Law School. Program On Corporate Governance. – January 2005. – С. 4. 19. *Media Handbook on Oregon Law and Court System.* – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.open-oregon.com/New\\_Pages/media\\_handbook/chapter\\_02.html](http://www.open-oregon.com/New_Pages/media_handbook/chapter_02.html). 20. *Perell Paul M.* Stare

Decisis and Techniques of Legal Reasoning and Legal Argument / 2:2,3 Legal Research Update 11. – 1987. **21.** *Gennaioli Nicola, Shleifer Andrei.* Цит. праця. – С. 28.