

УДК 340.1

DOI <https://doi.org/10.36550/2522-9230.2019.7.35>**Сікорський Олександр Петрович,***кандидат юридичних наук,**доцент кафедри адміністративного та конституційного права**НУК ім. адмірала Макарова*

e-mail: alex.nic.gm@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-7411-0937>**Зільник Анастасія Юрївна,***студентка магістратури**НУК ім. адмірала Макарова*

e-mail: anastasiyader7@gmail.com

## СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ У КРАЇНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СІМ'Ї

Стаття присвячена актуальній проблематиці визнання судового прецеденту як повноцінного джерела права в країнах романо-германської правової сім'ї. Доцільність вивчення цього питання, обґрунтовано як в площині наукового так і практичного значення, оскільки на сьогодні, за допомогою судового прецеденту, як джерела права країнах романо-германської правової системи, можливо усунути прогалини у законодавстві, коли відсутня відповідна норма закону. У дослідженні представлена періодизація формування романо-германської правової сім'ї в контексті становлення інституту судового прецедента як джерела права. Розглянуто місце судового прецеденту у сучасній практичній площині зарубіжних країн в контексті застосування джерел права романо-германської правової системи. Крім того, у статті, проаналізовано питання співвідношення прецеденту з іншими джерелами права та досліджена правова природа судового прецеденту в правовій системі континентальних країн в цілому. Окреслено головні причини відмінностей інституту судового прецеденту в країнах континентального права від особливостей його визнання у країнах романо-германської сім'ї. Разом з тим, авторами акцентовано увагу на особливостях процедури та суб'єктів формування, визнання та застосування судового прецеденту як джерела права у країнах англосаксонської правової системи судового прецеденту.

Розглянуто поняття судової практики в країнах романо-германської правової системи, відповідно до якої здійснюється тлумачення та застосування норм права при вирішенні конкретних випадків, а також досліджено особливості застосування судового прецеденту в країнах романо-германської правової системи. В рамках дослідження встановлено основні тенденції щодо зміни статусу судового прецеденту як повноцінного джерела права в країнах англосаксонської правової системи.

*Ключові слова: судовий прецедент, джерела права, правова доктрина, судова практика, країни континентального права, країни загального права*

### **Sikorskyi O., Zilnyk A. JUDICIAL PRECEDENT IN THE ROMANO-GERMANIC LEGAL FAMILY**

The article deals with the current issue of recognizing judicial precedent as a complete source of law in the countries of the Romano-German legal family. The expediency of studying this question is substantiated both in terms of scientific and practical importance, since today, with the help of judicial precedent, as a source of law for the countries of the Romano-German legal system, it is possible to eliminate loopholes in the law when there is no relevant rule of law. The study presents the periodization of the formation of the Romano-German legal family in the context of establishing the institute of judicial precedent as a source of law. The place of judicial precedent in the current practical plane of foreign countries in the context of the application of the sources of law of the Romano-German legal system is considered. In addition, the article analyzes the question of the relation of precedent with other sources of law and explores the legal nature of judicial precedent in the legal system of continental countries as a whole. The main reasons for the difference between the institute of judicial precedent in the countries of continental law and the features of its recognition in the countries of the Romano-German family are outlined. At the same time, the authors emphasize the peculiarities of the procedure and subjects of formation, recognition and application of judicial precedent as a source of law in the countries of the Anglo-Saxon legal system of judicial precedent.

The concept of jurisprudence in the countries of the Romano-German legal system is considered, according to which interpretation and application of the rules of law is carried out in solving specific cases, and the peculiarities of the application of judicial precedent in the countries of the Romano-German legal system are investigated. The study identified the main trends in changing the status of judicial precedent as a full source of law in the countries of the Anglo-Saxon legal system.

*Key words: judicial precedent, sources of law, legal doctrine, judicial practice, countries of continental law, common law countries.*

**Постановка проблеми.** Питання судового прецеденту, як джерела права, вважається проблематичним та суперечливим, оскільки й по сьогодні тривають дискусії щодо його правової природи. Крім того, саме розуміння змісту судового прецеденту містить розбіжність та невизначеність в різних правових системах у сучасному світі. Зокрема, така невизначеність полягає у визнанні судового прецеденту в якості джерела права в одних країнах романо-германської правової сім'ї та невизнанні його в інших

**Випуск 7. 2019**

країнах. Саме тому, визнання судового прецеденту як джерела права, потребує більш ґрунтовного вивчення, що і зумовлює актуальність даного дослідження.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Дослідженням питання визнання судового прецеденту як джерела права в країнах континентального права займалися як вітчизняні, так і зарубіжні автори: Т. М. Анакіна, Р. Давид, О. В. Зайчук, Б. І. Квятковська, М. М. Марченко, К. В. Ображиев, Н. М. Оніщенко, С. П. Погребняк, О. Ф. Скакун та інші. Однак, незважаючи на достатньо об'ємну кількість матеріалів досліджень, питання розуміння судового прецеденту остаточно так і не здійснено.

**Мета статті** – дослідити особливості судового прецеденту в романо-германській правовій сім'ї як джерела права.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** За загальним правилом, судовий прецедент як джерело права, відноситься до англосаксонської правової сім'ї. Тоді як в країнах романо-германської правової системи основним джерелом права визнається нормативно-правовий акт. Відповідної точки зору дотримуються більшість науковців, зокрема і Ю. С. Шемшученко, який зазначає, що судовий прецедент притаманний англосаксонській правовій системі [1].

Однак, якщо дослідити історію формування й розвиток романо-германської (континентальної) правової сім'ї, то судовий прецедент, все-таки можна віднести до допоміжного джерела права романо-германського типу, проте він має свої особливості на відміну від пріоритетного становища судового прецеденту в країнах англо-американського права. Задля кращого вивчення цих особливостей розглянемо основні етапи становлення романо-германської системи права в цілому.

Зокрема, романо-германська правова сім'я вважається найдавнішою і широко розповсюдженою у світі, адже свій початок вона бере ще з часів Стародавнього Риму.

Формування романо-германської правової сім'ї складається з таких основних періодів:

- 1) перший етап – період звичаєвого права і писаного римського права (до XIII ст.);
- 2) другий етап – відродження вивчення римського права в університетах (XIII – XVIII ст.);
- 3) третій етап – період кодифікації, завершення формування романо-германської правової сім'ї як цілісного явища (XVIII ст. – до нашого часу) [2, с. 589-591].

Прикладами першого етапу формування романо-германської правової сім'ї є компіляції Юстиніана та Молитовник Аларіха. У своїй роботі відомий французький спеціаліст в галузі науки порівняльного правознавства Р. Давид стверджує, що згадані документи не розкривають в повній мірі ті відомості про право, яке застосовувалося в Європі в XII столітті. Також було зроблено висновок, що деякі з цих документів виявилися важкими для розуміння та подальшого їх використання.

Другий етап виявився більш сприятливим для розвитку права. Характерним для цього етапу є створення університетів, з яких першим і найбільш відомим був Болонський університет в Італії. Завдяки університетам було визначено цінність права та відродження вивчення римського права. Завершенням багатовікової творчості університетів стала кодифікація, що є третім етапом формування права романо-германської системи [3].

Але з еволюцією права можна спостерігати зміну не лише матеріальних і процесуальних норм цього права, а й самої концепції права і правової норми. В результаті такого розвитку судовий прецедент набув поширення в країнах романо-германського походження, але форми прояву мають свою специфіку і відрізняються від класичної англійської моделі.

Правові системи цієї сім'ї поділяються на дві групи: романську і германську. До першої групи належать правові системи Франції, Італії, Іспанії, Бельгії, Люксембургу та Голландії. До другої групи відносять правові системи ФРН, Австрії, Швейцарії та інших країн [2, с. 589].

Відповідно до юридичної практики в ряді країн романо-германської правової сім'ї до первинних джерел відносять всі без винятку нормативно-правові акти та правові звичаї. До вторинних джерел відносять судові прецеденти та правові доктрини – наукові праці відомих вчених-юристів [4, с. 235]. В цілому, розподіл джерел романо-германського права на первинні та вторинні є досить поширеною класифікацією.

На сучасному етапі існують випадки, коли вагоме значення мають підзаконні акти. В таких країнах визнають, що у недостатньо суттєвих галузях законодавча процедура є занадто обтяжливим джерелом права. Тому правове регулювання питань, що виникають у цих сферах, слід віднести до компетенції органів виконавчої влади. Як приклад можна навести такі країни як Франція та ФРН, де підзаконні акти визнаються повноцінним джерелом кримінального права [5, с. 96].

У більшості країн романо-германської правової системи прецедент як джерело не визнається офіційно, але, незалежно від цього, він використовується на практиці. Такі країни, як ФРН, Данія, Греція, Італія, Швеція, Норвегія, Фінляндія визнали концепцію, згідно з якою судові рішення є обов'язковим лише для сторін, що беруть участь у справі.

Місце, відведене серед джерел права судовим рішенням, відрізняє романо-германські правові системи від англійського загального права. Шляхом показу цієї відмінності можливо виявити позицію романо-германських правових систем, внутрішні відмінності між якими зачіпають швидше деталі, ніж принципи. Так, у Франції та ФРН судова практика в ряді сфер відіграє провідну роль в розвитку права, а доктринальні твори часто є не чим іншим, як викладом судової практики. А в деяких країнах доктрина мало або зовсім не

приділяє уваги судовій практиці. Тому, на думку Р. Давида, правильне розуміння питання про те, чи є судові рішення джерелом права або не є, потрібно не стільки цікавитися формулюваннями різних авторів і доктринальними творами, скільки звернути увагу на інший чинник – на велику кількість різного роду збірок і довідників судової практики [3].

Незважаючи на формальне невизнання в ряді країн судової практики в якості джерела континентального права, число збірок судової практики рік від року збільшується у Франції, Німеччині, Швейцарії, Італії та багатьох інших країнах, що є одним з показників збереження постійного практичного значення судового прецеденту [6, с. 109].

Як вважає М. М. Марченко, специфічність прецеденту в системі романо-германської правової сім'ї потрібно розглядати в його двоїстому становищі серед джерел права, що полягає, з одного боку, в його офіційному, формально-юридичному невизнанні як джерела права, а з іншого – в його фактичному використанні як такого, що є результатом визнання його реального існування [4, с. 236]. Використання судового прецеденту країнами романо-германського права допомагає доповнити систему джерел права.

У своїй роботі М. М. Марченко розглядає роль судового прецеденту в країнах континентального права та робить висновок, що в країнах, де юридична сила і нормативний характер судових рішень не тільки визнаються, а й закріплюються в законодавчому порядку, створюються об'єктивні та сприятливі умови для формування теорії та розвитку практики застосування судового прецеденту. Це такі країни, як Іспанія та Швейцарія. Відсутність законодавчого закріплення та забезпечення місця і ролі прецеденту в системі інших джерел романо-германського права, формально-юридична заборона на правотворчу діяльність судів не сприяє усвідомленню реального значення прецеденту в континентальному праві й узагальненню відповідної правотворчої та правозастосовної практики судів [6, с. 105-106].

На останок, для того, аби зрозуміти, яке місце займає судовий прецедент в праві континентальних країн, порівняємо відмінності правової природи судового прецеденту в системі романо-германського права та англосаксонської правової системи.

Зокрема, Р. Крос у своїй праці пояснює відмінність підходу до судового прецеденту системи романо-германського права та англосаксонської правової системи трьома основними причинами:

- 1) колись англійські судді набагато гостріше, ніж більшість суддів на континенті, відчули необхідність визначеності в праві;
- 2) ієрархія англійських судів відрізняється значною централізацією;
- 3) становище суддів в цих двох правових системах різне [7, с. 33].

Перша причина полягає в тому, що суддя континентальної країни, прагнучи досягти об'єктивно необхідної визначеності права, традиційно спирався спочатку на норми римського права і кодифіковані звичаї. Прецедент при цьому не грав істотної ролі. Ситуація в Англії була протилежна: суддя для досягнення таких же цілей використовував створену в надрах загального права доктрину прецеденту з яскраво вираженим прагненням до строгості та визначеності.

Друга причина пояснюється тим, що судова система Англії вважається більш централізованою в порівнянні з судовою системою континентальної країни. Тому це не лише стало передумовою для прийняття однакових судових рішень в аналогічних справах цієї країни, а й створення оптимальних умов для зародження і зміцнення в її правовій системі прецеденту. Протилежна картина спостерігається в романо-германській правовій системі.

Третю причину Р. Крос пояснює тим, що в англійських вищих судах набагато менше суддів, а суддівський штат континентальної країни поповнюється, на відміну від англійського, не за рахунок адвокатської спільноти, а за рахунок чиновників цивільної служби. Також англійський автор міркує, що в англосаксонській правовій системі прецедент вважається головним джерелом права, до якого судді відносяться з великою повагою з тієї причини, що серед суддів континентальних країн багато молодих людей без достатнього досвіду роботи у порівнянні з ситуацією в Англії.

Важливою обставиною є також те, що англійські судді вважаються творцями англійського права. «Загальне право – це пам'ятник судової діяльності судді загального права. Не будучи ні законодавцем, ні вченим, він створив спільне право. Він і досі може пишатися своїм досягненням» [7, с. 34-35].

Такі роздуми створюють уявлення про англійське право як право принципове та суворе. Та англійська доктрина прецеденту не завжди була такою суворою, як зараз. Р. Крос зазначає, що з виданням Щорічників у XVIII столітті з'являються ознаки того, що ця система робиться більш жорсткою, строгі ж правила застосування прецедентів – це творіння XIX і XX століть. Вони були приведені в дію після того, як публікація судових звітів досягла сучасного високого рівня, ієрархія судів прийняла таку форму, що мало відрізняється від сьогоденної, а судові функції Палати лордів передані в руки висококваліфікованих юристів [7, с. 42].

Та попри такого високого положення судового прецеденту в Англії, він підпорядкований законодавству в тому відношенні, що закон завжди може його анулювати. Тобто, англійський суддя не має такої влади, яка б дозволяла виходити за рамки діяльності законодавчого органу. Отже, надання переваги законодавству притаманне не лише країнам континентального права, а й країнам загального права.

У свою чергу, Р. Уолкер стверджує, що в даний час законодавство є головною рушійною силою правової реформи та завдяки своїй тенденції до кодифікації стає найважливішим джерелом англійського

права [8, с. 76].

В роботах зарубіжних авторів дуже цікавим є питання застосування кодифікації в країнах, де діє прецедент. Як приклад можна навести Францію, де судова практика не стає джерелом права до тих пір, поки вона безумовно не зафіксована повторенням прецедентів, які узгоджуються між собою в будь-якому окремому питанні. Подібний варіант можливий тільки за допомогою законодавства. На це Р. Крос дає відповідь: «Якщо отримати кодифікацію у вигляді викладу загальних понять, жорстке застосування доктрини прецеденту стане, ймовірно, вкрай небажаною, оскільки загальні положення можна буде змінювати тільки за допомогою поправок такого ж загального характеру. Суди повинні будуть їх тлумачити заново з урахуванням зміни обставини, як це відбувається з конституцією США» [7, с. 221]. Тобто, при кодифікації прецеденти можуть втратити свою обов'язкову силу.

**Висновки.** Отже, враховуючи вищезазначене, можна зробити наступні висновки. В країнах романо-германської правової сім'ї судові рішення не розглядаються як джерело права, а суди у своїй діяльності не пов'язані судовим прецедентом, як це має місце в англосаксонській правовій сім'ї.

Дійти єдиного висновку щодо дії судового прецеденту в країнах романо-германської правової сім'ї вважається проблематичним, оскільки не існує однозначного уявлення про місце і роль прецеденту в правових системах окремих країн. Адже в одних країнах він має законодавче закріплення, в той час як в інших – прецеденту приділяється менше уваги, а в деяких країнах він не тільки не визнається, але і в формально-юридичному плані обмежується.

Тому, аналізуючи думки різних авторів, можна зробити висновок, що судовий прецедент необхідно розглядати як джерело права країн романо-германської правової сім'ї не в формальному плані, а в практичному. Формальне невизнання прецеденту зовсім не означає його фактичного невикористання. У більшості країн романо-германського права прецедент як джерело не визнається офіційно, але на практиці використовується. Спостерігається тенденція зближення загального і континентального права. Як висновок, судовий прецедент, який зіграв історичну роль у формуванні та розвитку англосаксонської правової системи, поступово змінює своє положення в системі джерел і набуває статусу повноцінного джерела права.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К.: «Укр. енцикл.», 1998. URL: [http://leksika.com.ua/19470204/legal/pretsedent\\_ppravoviy](http://leksika.com.ua/19470204/legal/pretsedent_ppravoviy)
2. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник / За ред. О. В. Зайчук, Н. М. Оніщенко. К.: Юрінком Інтер, 2006. 688 с.
3. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В. А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 1996. 400 с. URL: <http://lib.ru/PRAWO/rene.txt>
4. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право: учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 2017. 448 с.
5. Порівняльне правознавство : підручник / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов, І. О. Биля-Сабадаш та ін. ; за заг. ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2012. 272 с.
6. Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. Учебное пособие. М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. 400 с.
7. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс; под общ. ред.: Ф. Решетников (предисл.); пер., предисл.: Т. Апарова. М.: Юрид. лит., 1985. 238 с.
8. Уолкер Р. Английская судебная система. М.: Юридическая литература, 1980. 631 с.

#### REFERENCES:

1. Shemshenko, Yu.(Ed.). (1998). Yurydychna entsyklopediya (Vol. 6). Kyiv: Ukrainian Encyclopedia. Retrieved from [http://leksika.com.ua/19470204/legal/pretsedent\\_ppravoviy](http://leksika.com.ua/19470204/legal/pretsedent_ppravoviy) [in Ukrainian].
2. Zaychuk, O., & Onishchenko, N. (Ed.). (2006). Teoriya derzhavy i prava. Akademichnyy kurs: Pidruchnyk. Kyiv: Jurincom Inter [in Ukrainian].
3. David, R., & Geoffre-Spinoza, K. (1996). Osnovnyye pravovyye sistemy sovremennosti. (Tumanov V. Trans.). Moscow: Int. relations. [in Russian]. Retrieved from <http://lib.ru/PRAWO/rene.txt> [in Russian].
4. Marchenko, M. (2017). Sudebnoye pravotvorchestvo i sudeyskoye pravo: uchebnoye posobiye (2<sup>nd</sup> ed.). Moscow: Prospect [in Russian].
5. Petrishin, O. (Ed.). (2012). Porivnyal'ne pravoznavstvo : pidruchnyk. Kharkiv: Law [in Ukrainian].
6. Marchenko, M. (2001). Pravovyye sistemy sovremennogo mira. Uchebnoye posobiye. Moscow: ICD «Zertsalo-M» [in Russian].
7. Reshetnikov, F. (Ed.). (1985). Pretsedent v angliyskom prave. Moscow: Legal literature [in Russian].
8. Walker, R. (1980). Angliyskaya sudebnaya sistema. Moscow: Legal literature [in Russian].

Стаття надійшла до редакції: 04.11.2019