

ДЕРЖАВНИЙ ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД
«УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

ДЕРЖАВНИЙ ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД
«УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

КІСКА ТАРАС МИРОНОВИЧ

**Тарас
КІСКА**

Digitally signed by
Тарас КІСКА
Date: 2026.04.28
14:12:46 +03'00'

УДК 340.5:347.97/.99(4-015)

ДИСЕРТАЦІЯ

СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА У ДЕРЖАВАХ ЦЕНТРАЛЬНОЇ

ЄВРОПИ

081 – Право

08 – Право

Подасться на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ Тарас КІСКА

Науковий керівник – Бариська Яна Олександрівна, кандидат юридичних наук,
доцент

Ужгород – 2026

АНОТАЦІЯ

Кіска Т.М. Судова практика як джерело права у державах Центральної Європи. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право» (08 - Право). – Державний вищий навчальний заклад «Ужгородський національний університет», МОН України, Ужгород, 2026.

Дисертаційне дослідження присвячене комплексному порівняльно-правовому аналізу судової практики як джерела права у державах Центральної Європи у зіставленні з правовою системою України. В умовах стрімкої конвергенції романо-германської та англосаксонської правових сімей, євроінтеграційних процесів та зростання ролі наднаціональних судових інституцій питання про місце судової практики в системі джерел права набуває принципового теоретичного та практичного значення. Незважаючи на значний науковий інтерес до окремих аспектів цієї проблематики, комплексного дослідження зазначеного феномену в порівняльному вимірі у вітчизняній юридичній науці практично здійснено не було, що і зумовило вибір теми дисертаційного дослідження.

У першому розділі дисертації розкрито теоретико-методологічні засади дослідження судової практики в системі джерел права. Встановлено, що поняття «джерело права» належить до найбільш дискусійних категорій загальної теорії права та філософії права: попри понад двохтисячолітню традицію використання цього терміну у юридичній науці, єдиного загальновизнаного його визначення досі не вироблено. Проведений аналіз засвідчив, що поняття «джерело права» вживається щонайменше у трьох основних значеннях: ідеальному (правосвідомість, природне право, правова ідеологія), матеріальному (соціально-економічні умови суспільного життя, чинники правоутворення) та формально-юридичному (зовнішні форми вираження та закріплення правових норм). Обґрунтовано, що багатозначність цього терміна не є випадковою, а відображає справжню складність і багатовимірність феномену права.

З'ясовано, що у науковому середовищі відсутня єдина, загальновизнана

класифікація джерел права як у вітчизняній, так і в зарубіжній юридичній науці. Виявлено, що перехід пострадянських правових систем від моністичного до плюралістичного розуміння системи джерел права є закономірним наслідком демократичних перетворень і переорієнтації на засади верховенства права. Разом із тим показано, що традиційні нормативістські класифікаційні схеми значною мірою зберігають свій вплив на вітчизняну правову доктрину, що свідчить про недостатнє звільнення юридичної науки від спадщини радянської ідеології. Встановлено, що специфіка системи джерел права конкретної держави нерозривно пов'язана з її приналежністю до тієї чи іншої правової сім'ї, а подолання розриву між матеріальними та формальними джерелами права – насамперед через законодавче визнання судової практики – є нагальним завданням як теоретичної, так і прикладної юриспруденції.

У другому розділі дисертації досліджено судову правотворчість та концептуальні засади праворозуміння як чинники формування судової практики. Доведено, що судова правотворчість є різновидом правотворчої діяльності зі специфічними ознаками: суб'єктом виступає судовий орган, правотворчість є для нього додатковою функцією, а її здійснення потребує або законодавчого санкціонування, або мовчазного визнання з боку представницьких органів влади. Визначальним принципом судової правотворчості є самообмеження: правотворча функція суду може реалізовуватися лише тоді і тією мірою, коли захист прав людини неможливий без формулювання нового правоположення нормативного характеру. Підтверджено, що саме такий підхід забезпечує легітимність судової правотворчості в умовах конституційної демократії, що підтверджується досвідом держав Центральної Європи.

Обґрунтовано, що континентальне право дедалі частіше стикається з об'єктивною неможливістю своєчасно врегульовувати нові суспільні відносини виключно шляхом законотворчості, внаслідок чого судова правотворчість є органічним елементом динамічної правової системи, а не відхиленням від континентальної традиції. Розкрито, що праворозуміння є визначальною методологічною передумовою для вирішення питання про систему джерел

права: поступова трансформація праворозуміння в напрямі інтегративних підходів у державах Центральної Європи створила теоретичні та практичні умови для фактичного, хоча нерідко доктринально невизнаного, правотворчого значення судових рішень. Підтверджено, що судова влада в сучасних демократичних державах є не лише інструментом вирішення правових конфліктів, а й рівноправним і самостійним суб'єктом механізму стримувань і противаг, а реальне місце судової влади в конституційному устрої держави є визначальним чинником того, чи набуває судова практика статусу самостійного джерела права.

У третьому розділі здійснено порівняльно-правовий аналіз судової практики як джерела права в державах Центральної Європи та досліджено явище конвергенції правових систем. Визначено, що у правових системах держав Центральної Європи судовий прецедент формально не визнається основним джерелом права, однак фактично існує у вигляді прецеденту-тлумачення. Розмежовано поняття «судовий прецедент» і «судова практика» як самостійні правові категорії: їхнє співвідношення слід розглядати як співвідношення конкретного та загального, де судова практика є ширшою категорією, що охоплює сукупність усієї правозастосовної, інтерпретаційної та правотворчої діяльності судів, тоді як судовий прецедент є її нормативно значущим проявом. Охарактеризовано різновиди судового прецеденту в правових системах держав Центральної Європи: вертикальний, горизонтальний та прецедент тлумачення, - з визначенням особливостей їхнього функціонування в кожній із досліджуваних країн.

Встановлено, що конвергенція правових систем є реальним правовим процесом, рушійними силами якого є глобалізація, неможливість законодавця охопити всю різноманітність суспільних відносин, необхідність єдності правозастосування та вплив міжнародного права. Доведено, що зростання ролі судового прецеденту в Україні є проявом об'єктивних конвергенційних процесів між романо-германською та англосаксонською правовими сім'ями, що особливо посилюються в умовах євроінтеграційного курсу держави. Встановлено, що ЄСПЛ відіграє роль ключового каталізатора конвергенції правових систем

Європи, а його рішення фактично формують загальноєвропейські стандарти захисту прав людини та утворюють «європейський прецедентний простір». Констатовано, що попри відсутність формального законодавчого визнання судового прецеденту як самостійного джерела права в Україні, його фактичне існування у вітчизняній правовій системі не викликає сумнівів: правові висновки Верховного Суду, рішення Конституційного Суду України нормативно-тлумачного характеру та практика ЄСПЛ утворюють розгалужену систему прецедентних орієнтирів, що справляють визначальний вплив на правозастосовну діяльність судів усіх інстанцій.

За результатами дослідження сформульовано тринадцять висновків, що розкривають теоретичні засади та практичні механізми функціонування судової практики як джерела права в державах Центральної Європи, а також визначають стратегічні напрями вдосконалення правової системи України в контексті євроінтеграційного курсу держави. Зокрема, обґрунтовано, що подолання правової невизначеності щодо нормативного статусу правових позицій Верховного Суду через їх законодавче визнання допоміжним або самостійним джерелом права є першочерговим завданням як для законодавця, так і для правової доктрини.

Ключові слова: судова практика, джерело права, судовий прецедент, судова правотворчість, держави Центральної Європи, конвергенція правових систем, праворозуміння, правова система, євроінтеграція.

SUMMARY

Kiska T.M. Judicial practice as a source of law in the states of Central Europe. – Qualification scientific work in manuscript form.

Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in the specialty 081 «Law» (08 - Law). – State University «Uzhhorod National University», Ministry of Education and Science of Ukraine, Uzhhorod, 2026.

The dissertation is devoted to a comprehensive comparative legal analysis of judicial practice as a source of law in the states of Central Europe in comparison with the legal system of Ukraine. In the conditions of rapid convergence of the Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal families, European integration processes and the growth of the role of supranational judicial institutions, the question of the place of judicial practice in the system of sources of law acquires fundamental theoretical and practical importance. Despite the significant scientific interest in certain aspects of this issue, a comprehensive study of the specified phenomenon in a comparative dimension in domestic legal science has practically not been carried out, which determined the choice of the topic of the dissertation research.

The first section of the dissertation reveals the theoretical and methodological principles of the study of judicial practice in the system of sources of law. It is established that the concept of "source of law" belongs to the most debatable categories of the general theory of law and philosophy of law: despite the more than two thousand-year tradition of using this term in legal science, a single generally accepted definition has not yet been developed. The analysis conducted showed that the concept of "source of law" is used in at least three main meanings: ideal (legal consciousness, natural law, legal ideology), material (socio-economic conditions of social life, factors of law-making) and formal-legal (external forms of expression and consolidation of legal norms). It is substantiated that the ambiguity of this term is not accidental, but reflects the true complexity and multidimensionality of the phenomenon of law.

It has been found that there is no single, generally accepted classification of sources of law in the scientific community, both in domestic and foreign legal science. It has been revealed that the transition of post-Soviet legal systems from a monistic to

a pluralistic understanding of the system of sources of law is a natural consequence of democratic transformations and reorientation to the principles of the rule of law. At the same time, it has been shown that traditional normative classification schemes largely retain their influence on domestic legal doctrine, which indicates the insufficient liberation of legal science from the legacy of Soviet ideology. It has been established that the specificity of the system of sources of law of a particular state is inextricably linked with its belonging to a particular legal family, and bridging the gap between material and formal sources of law – primarily through legislative recognition of judicial practice – is an urgent task for both theoretical and applied jurisprudence.

The second section of the dissertation examines judicial lawmaking and the conceptual foundations of legal understanding as factors in the formation of judicial practice. It is proven that judicial lawmaking is a type of lawmaking activity with specific features: the subject is the judicial body, lawmaking is an additional function for it, and its implementation requires either legislative sanction or tacit recognition by representative bodies of power. The defining principle of judicial lawmaking is self-limitation: the lawmaking function of the court can be implemented only when and to the extent that the protection of human rights is impossible without the formulation of a new legal provision of a normative nature. It is confirmed that it is this approach that ensures the legitimacy of judicial lawmaking in the conditions of constitutional democracy, which is confirmed by the experience of the states of Central Europe.

It is substantiated that continental law is increasingly faced with the objective impossibility of timely regulating new social relations exclusively through lawmaking, as a result of which judicial lawmaking is an organic element of a dynamic legal system, and not a deviation from the continental tradition. It is revealed that legal understanding is a determining methodological prerequisite for resolving the issue of the system of sources of law: the gradual transformation of legal understanding in the direction of integrative approaches in the states of Central Europe has created theoretical and practical conditions for the actual, although often doctrinally unrecognized, law-making significance of judicial decisions. It is confirmed that the judiciary in modern democratic states is not only an instrument for resolving legal

conflicts, but also an equal and independent subject of the mechanism of checks and balances, and the real place of the judiciary in the constitutional system of the state is a determining factor in whether judicial practice acquires the status of an independent source of law.

The third chapter provides a comparative legal analysis of case law as a source of law in the countries of Central Europe and explores the phenomenon of convergence of legal systems. It is determined that in the legal systems of the countries of Central Europe, case law is not formally recognized as the main source of law, but in fact it exists in the form of an interpretative precedent. The concepts of "case law" and "case law" are distinguished as independent legal categories: their relationship should be considered as a relationship between the specific and the general, where case law is a broader category that encompasses the totality of all law-enforcing, interpretative and law-making activities of the courts, while case law is its normatively significant manifestation. The types of case law in the legal systems of the countries of Central Europe are characterized: vertical, horizontal and precedent of interpretation, - with a definition of the features of their functioning in each of the countries studied.

It is established that the convergence of legal systems is a real legal process, the driving forces of which are globalization, the inability of the legislator to cover the entire diversity of social relations, the need for unity of law enforcement and the influence of international law. It is proved that the growth of the role of judicial precedent in Ukraine is a manifestation of objective convergence processes between the Romano-Germanic and Anglo-Saxon legal families, which have especially intensified in the conditions of the state's European integration course. It is established that the ECHR plays the role of a key catalyst for the convergence of legal systems in Europe, and its decisions actually form pan-European standards for the protection of human rights and form a "European precedent space". It is stated that despite the lack of formal legislative recognition of judicial precedent as an independent source of law in Ukraine, its actual existence in the domestic legal system is beyond doubt: the legal conclusions of the Supreme Court, the decisions of the Constitutional Court of Ukraine of a normative-interpretative nature, and the practice of the ECHR form an extensive system of precedent guidelines that have a decisive influence on the law-enforcement

activities of courts of all instances.

Based on the results of the study, thirteen conclusions were formulated that reveal the theoretical principles and practical mechanisms of the functioning of judicial practice as a source of law in the countries of Central Europe, and also determine strategic directions for improving the legal system of Ukraine in the context of the country's European integration course. In particular, it is substantiated that overcoming legal uncertainty regarding the normative status of the legal positions of the Supreme Court through their legislative recognition as an auxiliary or independent source of law is a priority task for both the legislator and the legal doctrine.

Key words: case law, source of law, judicial precedent, judicial lawmaking, Central European states, convergence of legal systems, legal understanding, legal system, European integration.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких відображені основні наукові результати дисертації:

1. Кіска Т.М. Місце судової влади в системі стримувань і противаг: теоретико-правові засади. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія: «Право»*. 2025. Вип. 92. Ч. 1. С. 92-98.

2. Кіска Т. М. Праворозуміння як методологічна основа визначення місця судової практики в системі джерел права: актуальні питання. Аналітично-порівняльне правознавство. Випуск 1. 2026. С. 212-216.

3. Кіска Т. М. Поняття «джерело права» в сучасній правовій доктрині: актуальні підходи та значення для правового регулювання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2026. Вип. 93: ч. 5. С. 491–497.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

4. Кіска Т.М. Судова практика як джерело права в контексті актів КСУ. *Правове регулювання земельних відносин в умовах війни: світовий досвід, українські реалії*: матеріали міжнародної правової школи, м. Ужгород, 23 лютого

2024 р. Ужгород: ДВНЗ «Ужгородський національний університет», 2024. С. 33-38.

5. Кіска Т.М. Судова практика як джерело права: теоретичні засади та практичні виміри в умовах правової конвергенції. *Трансформація освіти у цифрову епоху: матеріали міжнародної правової школи*, м. Ужгород, 30 травня 2025 р. Ужгород: ДВНЗ: «Ужгородський національний університет», 2025. С. 71–81.

6. Кіска Т.М. Судові рішення як елемент правової системи. *Конституційне будівництво в умовах війни: досвід України: матеріали міжнародної науково-практичної конференції*, м. Ужгород, 20 червня 2025 р. Ужгород: ДВНЗ: «Ужгородський національний університет», 2025. С.115-124.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

7. Kiska T. The functional purpose of the judiciary in the system of checks and balances. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2025. №. 4. P. 219–225.

ВСТУП	12
РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ПРАВА	20
1.1 Поняття «джерело права» і «форма права» в сучасній юридичній науці: теоретичні підходи та проблеми співвідношення	20
1.2 Класифікація джерел права: теоретико-методологічні підходи	38
Висновки до Розділу 1	63
РОЗДІЛ 2. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА ПРАВОРОЗУМІННЯ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ КРАЇН ЦЕНТРАЛЬНОЇ ЄВРОПИ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ТА ІНСТИТУЦІЙНІ ВИМІРИ	68
2.1 Судова правотворчість та її форми в правових системах країн Центральної Європи: теоретико-правовий аналіз	68
2.2. Судова влада в механізмі державної влади та концептуальні засади праворозуміння як чинники формування судової практики	94
Висновки до Розділу 2	120
РОЗДІЛ 3. СУДОВА ПРАКТИКА В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ПРАВА ДЕРЖАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВОВОГО ПРОСТОРУ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ ТА ПРАКТИЧНИЙ ВИМІРИ	125
3.1. Судова практика як джерело права в країнах Європи: доктринальний та прецедентологічний аспект	125
3.2. Судова практика як джерело права в умовах конвергенції правових систем держав європейського простору	146
Висновки до Розділу 3	158
ВИСНОВКИ	162
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	170
ДОДАТКИ	188

Актуальність теми дослідження. Питання про місце судової практики в системі джерел права належить до фундаментальних проблем загальної теорії права, що не втрачає своєї актуальності попри тривалу наукову дискусію. В умовах стрімкої трансформації сучасних правових систем під впливом глобалізації, євроінтеграційних процесів та конвергенції романо-германської й англосаксонської правових сімей ця проблема набуває якісно нового виміру. Традиційний підхід континентального права, що відводив судовій практиці роль допоміжного, факультативного елемента системи джерел права, дедалі більше вступає в суперечність із реальною правозастосовною практикою держав Центральної Європи, в якій рішення вищих судових інстанцій фактично набувають нормативного значення й визначають зміст правового регулювання на роки вперед.

Держави Центральної Європи після демократичних перетворень 1989 року пройшли складний шлях трансформації правових систем, у ході якого питання про роль судової правотворчості та місце судової практики в системі джерел права постало з особливою гостротою. Приєднання цих держав до Європейського Союзу в 2004 році та подальша інтеграція в єдиний правовий простір ЄС суттєво прискорили процес фактичного визнання прецедентного значення рішень конституційних і верховних судів, навіть без їхнього формального закріплення як джерела права. Водночас практика Суду Справедливості ЄС та Європейського суду з прав людини сформувала наднаціональний рівень прецедентного регулювання, що безпосередньо впливає на правові системи держав-членів.

Для України, яка у червні 2022 року отримала статус кандидата на членство в ЄС та у грудні 2023 року розпочала переговори про вступ, досвід центральноєвропейських держав у питанні трансформації ролі судової практики є особливо значущим. Визнання практики ЄСПЛ джерелом національного права на підставі Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року фактично

легалізувало прецедентний підхід у вітчизняному судочинстві. Разом із тим правові позиції Верховного Суду та Конституційного Суду України набувають дедалі більшого нормативного значення, хоча їхній статус як самостійного джерела права лишається законодавчо невизначеним. У цих умовах системне дослідження досвіду держав Центральної Європи (романо-германська правова сім'я) у питанні становлення судової практики як джерела права є не лише науково-теоретичною потребою, але й практичною передумовою успішної євроінтеграції України та реформування її правової системи.

Стан наукової розробленості проблеми. Теоретичні засади дослідження джерел права та судової правотворчості розробляли такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як: Н. Пархоменко, Т. Дідич, Л. Макаренко, А. Матат, О. Журавська, Н. Оніщенко, О. Дашковська, В. Власенко, І. Борщевський, О. Берназюк, Б. Малишев, М. Козюбра, Т. Подорожна, О. Капліна, Д. Ясинок, В. Ільков, Т. Юзько, Б. Панченко, Є. Вертегел. Порівняльно-правові аспекти судового прецеденту у романо-германській правовій сім'ї досліджували: А. Іванів, О. Козинець, Н. Костюченко, М. Веселов, Т. Гуржій, О. Сікорський, А. Зільник, Н. Слотвінська, Є. Жерьобкіна, Ю. Мелякова. Питання конвергенції правових систем розглядали: О. Волошенюк, М. Новікова, Р. Зварич, О. Дручек, Г. Лук'янова. Проблематику судової влади та механізму стримувань і противаг вивчали Д. Белов, Н. Малишкіна, Ю. Ремєскова, В. Коцкулич, Т. Кіска, Д. Пеца. Роль практики ЄСПЛ як джерела права аналізували: В. Глушков, О. Грекова, Л. Доценко, Т. Анакіна, І. Сядриста, М. Савенко. Серед зарубіжних дослідників вагомий внесок у розроблення проблематики судового прецеденту та правової конвергенції зробили, зокрема: Z. Kühn, W. Sadurski, M. Florczak-Wątor, R. Cross, J. Harris, R. David, K. Zweigert, H. Kötz, A. Peczenik, L. Morawski, J. Wróblewski, V. Knapp, J. Boguszak, C. Varga.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Обрана тема дисертаційного дослідження відповідає плану науково-дослідної роботи кафедри конституційного права та порівняльного правознавства Ужгородського національного університету на 2023–2028 роки. Тема дисертаційного дослідження є складовою частиною комплексної теми «Конституційне

будівництво в країнах Центральної Європи у ХХ–ХХІ ст.», яка розробляється науковцями Ужгородського національного університету (номер державної реєстрації 0198U007793).

Мета і завдання дослідження. Метою дисертаційного дослідження є комплексний порівняльно-правовий аналіз судової практики як джерела романо-германського права у державах Центральної Європи, з'ясування теоретико-методологічних засад її дослідження, розкриття особливостей судової правотворчості та конвергенційних процесів у правових системах зазначених держав, а також визначення значення цього досвіду для реформування правової системи України.

Для досягнення зазначеної мети в дисертаційному дослідженні вирішуються такі *завдання*:

- дослідити поняття «джерело права» і «форма права» в сучасній юридичній науці та з'ясувати проблеми їхнього співвідношення;
- систематизувати теоретико-методологічні підходи до класифікації джерел права та визначити місце судової практики в їхній системі;
- розкрити поняття судової правотворчості та охарактеризувати її форми в правових системах країн Центральної Європи;
- визначити вплив типу праворозуміння та місця судової влади в механізмі стримувань і противаг на характер і обсяг нормотворчої функції судів;
- здійснити порівняльний аналіз судової практики як джерела права в доктринальному та праксеологічному вимірах у країнах Центральної Європи;
- дослідити явище конвергенції правових систем та її вплив на розвиток правової системи України в контексті підвищення ролі судової практики;
- розкрити природу та правовий статус практики ЄСПЛ як джерела права у національних правових системах держав Центральної Європи та України;
- визначити поняття, ознаки та різновиди судового прецеденту у правових системах держав Центральної Європи та встановити його фактичну роль у правозастосуванні;
- оцінити стан і перспективи законодавчого визнання судової практики самостійним джерелом права в Україні з урахуванням досвіду

центральноєвропейських держав.

Об'єктом дослідження є суспільні відносини, що виникають у сфері правотворчості та правозастосування в процесі формування і функціонування судової практики як джерела права у державах Центральної Європи та Україні.

Предметом дослідження є теоретико-правові та порівняльно-правові засади судової практики як джерела права у державах Центральної Європи, закономірності її становлення, механізми нормативного закріплення та практичного функціонування в умовах конвергенції правових систем.

Методи дослідження. Методологічну основу дисертаційного дослідження становить комплекс загальнонаукових та спеціально-юридичних методів наукового пізнання, застосування яких зумовлено метою та завданнями дослідження. *Діалектичний метод* як загальний метод пізнання правових явищ у їх розвитку та взаємозв'язку застосовувався при дослідженні еволюції судової практики від допоміжного інструменту правозастосування до самостійного джерела права в державах Центральної Європи, а також при виявленні суперечностей між формальним невизнанням прецеденту та його фактичним нормативним значенням у континентальних правових системах (підрозділи 1.1, 2.1). *Системно-структурний метод* використовувався для дослідження системи джерел права як цілісного організованого утворення – через виявлення структурних зв'язків між її елементами, ієрархічних та горизонтальних відносин між різними видами джерел права, а також місця судової практики в цій системі (підрозділи 1.2, 3.1). *Порівняльно-правовий метод*, ключовий для цього дослідження, застосовувався при зіставленні підходів до визнання судової практики джерелом права в країнах Європи, а також при порівняльному аналізі моделей судового прецеденту в романо-германській та англосаксонській правових сім'ях (підрозділи 3.1, 3.2). *Формально-юридичний метод* дозволив здійснити аналіз нормативно-правових актів, що регулюють статус судових рішень як джерел права в досліджуваних країнах, встановити їхній зміст, юридичну силу та співвідношення (підрозділи 1.1, 3.1). *Герменевтичний метод* застосовувався при тлумаченні ключових понять: «джерело права», «форма права», «судова практика», «судовий прецедент», «судова правотворчість» та

виявленні смислових відмінностей між ними (підрозділ 1.1). *Історико-правовий метод* використовувався при дослідженні генезису вчення про джерела права та формування прецедентного підходу в континентальних правових системах після демократичних перетворень 1989 року (підрозділи 1.2, 2.2). *Соціологічний метод* застосовувався при аналізі суспільної ролі судової практики та її впливу на ефективність правового регулювання (підрозділ 2.1). *Прогностичний метод* використовувався при визначенні перспектив законодавчого визнання судової практики самостійним джерелом права в Україні та окресленні стратегічних напрямів реформування вітчизняної правової системи (підрозділ 3.2).

Нормативну основу дослідження становлять: Конституція України; Закон України «Про судоустрій і статус суддів»; Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»; Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та протоколи до неї; конституції та законодавство окремих країн Європи; договори ЄС та рішення Суду ЄС; рішення ЄСПЛ.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертація є одним з перших у вітчизняній юридичній науці порівняльно-правовим дослідженням судової практики як джерела права у державах Центральної Європи в єдності теоретико-методологічного, доктринального та практичного вимірів. У результаті дослідження отримано такі нові наукові результати, зокрема:

вперше:

– здійснено комплексний порівняльно-правовий аналіз судової практики як джерела права в країнах Європи в єдності доктринального та праксеологічного вимірів, що дозволило виявити спільні закономірності та національні особливості становлення судового прецеденту в постсоціалістичних правових системах континентального типу;

– обґрунтовано концепцію «фактичного прецедентного права» в державах Центральної Європи, відповідно до якої судовий прецедент існує у формі прецеденту-тлумачення та «усталеної судової практики», набуваючи *de facto* нормативного значення поза формальним визнанням його джерелом права;

– розкрито взаємозумовленість між типом праворозуміння, місцем судової влади в механізмі стримувань і противаг та обсягом нормотворчої функції судів у державах Центральної Європи, що дозволяє пояснити відмінності в ступені фактичного визнання прецедентного значення судових рішень у різних національних системах;

удосконалено:

– визначення поняття «судова практика» як сукупності усталених правових позицій судів, що виробляються у процесі тлумачення та застосування норм права при розгляді конкретних справ і набувають нормативно-орієнтувального або загальнообов'язкового значення залежно від правового статусу відповідного суду та рівня його інстанційності;

– теоретичні підходи до розмежування понять «судовий прецедент» і «судова практика»: обґрунтовано, що їхнє співвідношення слід розглядати як співвідношення конкретного та загального, де прецедент є нормативно значущим проявом судової практики, правовим висновком щодо способу застосування норми права, виробленим при розгляді конкретної справи;

– класифікацію різновидів судового прецеденту в правових системах держав Центральної Європи з виокремленням вертикального, горизонтального та прецеденту тлумачення як самостійних, функціонально відмінних форм прецедентного регулювання;

набули подальшого розвитку:

– положення щодо конвергенції романо-германської та англосаксонської правових сімей як об'єктивного процесу, що зумовлює підвищення ролі судової практики в континентальних правових системах та потребує законодавчого закріплення її статусу як самостійного джерела права в Україні;

– наукові підходи до визначення правової природи практики ЄСПЛ: обґрунтовано, що вона поєднує ознаки судового прецеденту та обов'язкового тлумачення Конвенції, утворюючи «європейський прецедентний простір», до якого інтегруються правові системи держав-сторін ЄКПЛ;

– теоретичні засади дослідження судової правотворчості в умовах конституційної демократії: уточнено, що визначальним принципом судової

правотворчості є самообмеження, а її легітимність забезпечується прозорістю мотивування, передбачуваністю та повагою до принципу поділу влади.

Теоретичне та практичне значення одержаних результатів.

Положення, висновки та рекомендації дисертаційного дослідження поповнюють теоретичний доробок загальної теорії держави і права, порівняльного правознавства та конституційного права. Результати дослідження можуть бути використані:

– у *нормотворчій діяльності* – при розробці законодавчих актів, спрямованих на врегулювання статусу правових позицій Верховного Суду та Конституційного Суду України як джерел права, удосконалення процесуального законодавства в частині обов'язковості судової практики вищих інстанцій;

– у *правозастосовній діяльності* – при формуванні єдності судової практики, застосуванні практики ЄСПЛ та правових позицій вищих судових інстанцій при розгляді справ судами усіх рівнів;

– у *науково-дослідній роботі* – як теоретико-методологічна основа для подальших досліджень проблем джерел права, судової правотворчості та конвергенції правових систем;

– в *освітньому процесі* – при підготовці підручників, навчальних посібників і навчально-методичних матеріалів із загальної теорії держави і права, порівняльного правознавства, конституційного права зарубіжних країн та права Європейського Союзу.

Особистий внесок здобувача. Дисертаційна робота є самостійним дослідженням, що містить результати, висновки та рекомендації, отримані автором особисто.

Апробація результатів дисертації. Основні результати дослідження обговорювалися на засіданнях кафедри конституційного права та порівняльного правознавства юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет». Окремі положення, висновки, пропозиції та рекомендації, сформульовані в дисертації, отримали також апробацію на міжнародних правових школах: міжнародній правовій школі «*Правове регулювання земельних відносин в умовах війни: світовий досвід, українські реалії*» (м. Ужгород, 23

лютого 2024 р.); міжнародній правовій школі «*Трансформація освіти у цифрову епоху*» (м. Ужгород, 30 травня 2025 р.); міжнародній правовій школі «*Конституційне будівництво в умовах війни: досвід України*» (м. Ужгород, 20 червня 2025 р.).

Публікації результатів дослідження. Результати дисертаційного дослідження знайшли своє відображення у семи наукових публікаціях, у тому числі у трьох статтях, включених МОН України до переліку наукових фахових з юридичних наук, одна – у міжнародному періодичному виданні та трьох тезах доповідей на міжнародних правових школах.

Структура дисертації. Робота складається зі вступу, трьох розділів, що включають шість підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Повний обсяг роботи становить 189 сторінок, з них основного тексту – 158 сторінок. Список використаних джерел налічує 180 найменувань та розміщений на 18 сторінках.

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ПРАВА

1.1 Поняття «джерело права» і «форма права» в сучасній юридичній науці: теоретичні підходи та проблеми співвідношення

Та обставина, що вітчизняні та зарубіжні дослідники незмінно звертаються до проблематики джерел права, переконливо засвідчує як теоретичне значення цих питань для розвитку національних і зарубіжних правових систем, так і їхній виражений прикладний характер. Є всі підстави стверджувати, що осмислення сутності та закономірностей функціонування джерел права слугує методологічним орієнтиром як у дослідженні окремих правових інститутів, так і права загалом [88]. У цьому контексті, відзначають А.Павко та Я.Павко, показовою є думка Леонардо да Вінчі, який наголошував: «Той, хто захоплюється практикою без науки, - немов керманіч, який ступає на корабель без керма або компаса; він ніколи не впевнений, куди пливе. Завжди практика повинна ґрунтуватися на дуже розвиненій теорії» [цит. за 138, с. 11].

Словосполучення «джерело права» настільки міцно увійшло до правової думки більшості країн світу, що може справляти враження цілком усталеного і загально визнаного поняття. Однак, зазначає О.Сергієнко, тривала наукова полеміка засвідчує протилежне. Ця категорія й досі залишається однією з найбільш дискусійних у загальній теорії права, адже різні наукові школи та напрями вкладають у неї неоднаковий зміст залежно від власних методологічних засад і праворозуміння [106]. Таким чином, філософський, соціологічний та позитивістський підходи пропонують принципово відмінні відповіді на питання про те, що саме породжує право і надає йому обов'язкової сили. Відтак, з'ясування змісту поняття «джерело права» є не лише теоретичним завданням, а й необхідною передумовою для розуміння природи права загалом.

У зазначеному контексті, пишуть Н. Оніщенко та С. Сунегін, варто передусім підкреслити, що поняття «джерело права» існує впродовж багатьох століть і незмінно перебуває в центрі уваги правознавців різних країн і епох.

Уявлення про джерела права та їхні види не є сталими: разом із еволюцією правового мислення, появою нових підходів до розуміння права закономірно трансформувалося й розуміння його джерел. Дискусія щодо змісту цього поняття не вщухає й донині [83, с. 111]. Від себе зазначимо, кожна нова правова школа чи напрям пропонували власне бачення того, що слід вважати першоосновою права, збагачуючи тим самим теоретичний арсенал юридичної науки (*наразі це питання не є предметом нашого дисертаційного дослідження – Т.К.*). Показово, що навіть в умовах глобалізації та зближення правових систем єдиного загальновизнаного визначення так і не вироблено. Отже, це свідчить про те, що питання про джерела права є не лише академічним, а й глибоко практичним, адже від його вирішення залежить розуміння самої природи правового регулювання.

Однією з причин недостатньої теоретичної розробленості досліджуваної нами проблеми є багатозначність і розмитість змісту поняття «джерело права». З цього приводу, наприклад, відомий французький правознавець Ж.-Л. Бержель зазначав, що термін «джерело права» є одним із найбільш невизначених у юридичній науці, позаяк не лише відсутнє його загальновизнане тлумачення, а й дискусійним залишається навіть той сенс, у якому воно зазвичай вживається [138, с. 33].

Із вищенаведеним твердженням важко не погодитися, адже, зокрема, на думку поняття «джерело права» охоплює щонайменше кілька принципово різних значень: формальне вираження правових норм, матеріальні умови суспільного життя, засіб пізнання права, а також історичні правові пам'ятки. Наведений перелік за твердженням вченої не є вичерпним. Саме тому багатозначність цього поняття зумовлює суттєві труднощі як при його тлумаченні, так і при практичному застосуванні [51, с. 10].

Попри те, пишуть цитовані нами А. Павко та Я. Павко, що відтоді, як відомий римський історик Тіт Лівій увів категорію «джерела права» до наукового обігу, минуло понад два тисячоліття, у сучасній вітчизняній і зарубіжній літературі досі існує широкий спектр тлумачень цього поняття, а чимало аспектів його змістового та структурного наповнення залишаються

дискусійними й потребують поглибленого загальнотеоретичного осмислення [88].

Так, зокрема, у юридичній науковій літературі та навчальних виданнях, відзначає вчений Л. Макаренко, під джерелом права здебільшого розуміють: по-перше, сили, що творять право, до яких відносять волю Бога, волю народу, правосвідомість, ідею справедливості, державну владу, причому вони можуть мати як матеріальний, так і ідеальний зміст; по-друге, історичні правові пам'ятки, що колись мали значення чинного права, зокрема «Руська Правда» у Київській Русі чи Закони Хаммурапі у Стародавньому Вавилоні; по-третє, матеріали, покладені в основу того чи іншого законодавства, наприклад, римське право як підґрунтя для пізніших нормативно-правових актів; по-четверте, засоби пізнання чинного права, коли правові норми можна з'ясувати із закону тощо [67, с. 29].

У науковій літературі обґрунтовано, вказує С. Місевич, що якісно новим етапом в осмисленні джерел права стало виникнення та становлення основних правових шкіл, які, формуючи модель універсального юридичного світогляду, проєктували її на природу і сутність джерел права. Позитивним наслідком цього етапу виявився аналіз джерел права крізь призму різних світоглядних засад, що сприяло виявленню та вивченню нових складових структури цього правового явища. Саме в цей період світова юридична думка змогла подолати історично зумовлені обмеження у сприйнятті джерел права – зокрема, абсолютне домінування розуміння джерела права як нормотворчої волі та традиційно недостатню аналітичну увагу до формального виміру його існування [75, с. 17].

Цікаво, на думку відомого американського правознавця Л. Фуллера, поняття «джерело права» є значною мірою умовним, оскільки воно може охоплювати широкий спектр значень – від різноманітних соціальних чинників, що зумовлюють виникнення права, до безпосередньої правотворчої сили чи засобу його пізнання [145]. Учений наголошував, що право не може бути зведене лише до сукупності формальних приписів, а передбачає наявність внутрішньої моральної логіки, яка власне і є його глибинним джерелом. Відтак, багатозначність терміну «джерело права» є не випадковою, а відображає

справжню складність і багатовимірність самого феномену права. Це, своєю чергою, пояснює, чому різні правові школи та напрями так і не дійшли єди

Термін «джерело» уможлиблює характеристику права як із внутрішнього, так і з зовнішнього боку, охоплюючи тим самим питання змісту і форми права. З огляду на це, під джерелом права слід розуміти насамперед матеріальні умови суспільного життя та об'єктивні чинники, що зумовлюють формування правових норм і приписів, а також сам процес формулювання їхнього змісту і підстави їхньої юридичної обов'язковості [74, с. 51].

Джерелом права в ідеальному значенні є правосвідомість та пов'язані з нею явища – природне право, правова ідеологія, праворозуміння, правовий менталітет, правова культура і правове виховання [30, с. 15-16]. Зазначені правові феномени становлять специфічне джерело, своєрідну форму існування та розвитку права на ідейному рівні, що охоплює всю сукупність поглядів, почуттів, концепцій та настанов, які відображають ставлення людей до права та інших правових явищ, що домінують у суспільстві. Ключова ідея, за твердженням А.Мерник та Д.Чоботар, полягає в тому, що право передусім формується на рівні свідомості: спочатку виникає уявлення про те, які норми необхідно закріпити та забезпечити державним авторитетом і примусом, і лише після цього відбувається становлення реальної правової системи [74, с. 52].

На думку Ю. Корольової, розбіжності у тлумаченні джерел права зумовлені передусім відмінностями у підходах до праворозуміння. Зокрема, пише вчена, в межах нормативістської концепції джерелом права визнається воля законодавця або правотворча діяльність держави, тоді як природно-правовий підхід вбачає у джерелах права фундаментальні правові принципи, яким позитивне право має відповідати і слідувати [51, с. 13].

У вітчизняній юридичній науці триває активний пошук методологічних підходів, які дозволили б дослідити джерела права з урахуванням сучасних здобутків правознавства [88]. Українські вчені виокремлюють кілька значень поняття «джерело права». По-перше, це спосіб виникнення права як соціальна категорія, що охоплює історичні пам'ятки, літописи, судові справи та звичаї, які мають юридичний зміст і визначають основні напрями правового розвитку

конкретної держави. По-друге, під джерелами права розуміють чинники правотворчості, що безпосередньо впливають на формування та функціонування права. По-третє, це діяльність суб'єктів суспільних відносин, у результаті якої реалізуються їхні потреби та задовольняються інтереси. По-четверте, джерела права розглядаються як зовнішні форми його вираження – текстуальні джерела, які поділяються на первинні (нормативно-правові акти, нормативно-правові договори, правові прецеденти, релігійні норми, правові звичаї) та похідні, що уточнюють зміст первинних, зокрема судова й адміністративна практика [31, с. 188-189].

На думку Ж.-Л. Бержеля, невизначеність поняття «джерело права» зумовлена передусім тим, що цим терміном одночасно позначають як змістовні, так і формальні джерела права. Вчений наголошує, що юридичні норми мають глибинні підстави свого виникнення, пов'язані з моральними, філософськими, релігійними, політичними та соціальними принципами, які слугують їхньою ідеологічною основою. Саме ці «творчі сили права», що забезпечують норми матеріальною основою, Бержель називає «сутнісними джерелами права» [138, с. 45]. Спираючись на таке твердження, провідні вітчизняні науковці Н.Оніщенко та С.Сунегін, поняття «джерела права» вживається здебільшого у таких основних значеннях. По-перше, як ідейні витoki права, що розглядаються крізь призму різних типів праворозуміння: природно-правова традиція вбачає джерела права у фундаментальних правах людини; юридичний позитивізм – у волі держави чи законодавця; соціологічний підхід – у практиці реалізації та застосування правових норм у суспільних відносинах. По-друге, як соціальні чинники, що формують право, охоплюючи матеріальний (економічні та політичні умови суспільного життя), ідеологічний (культурні, духовні, релігійні та світоглядні особливості суспільства) та історичний (правові пам'ятки як витoki юридичних традицій) аспекти. По-третє, як уповноважені суб'єкти – органи або посадові особи, що ухвалюють загальнообов'язкові правила поведінки (в Україні це, зокрема, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України). По-четверте, як матеріали, що слугують інструментом тлумачення права та встановлення справжнього змісту правових норм, зокрема правова

доктрина та правові звичаї. По-п'яте, як зовнішні форми вираження та існування права, тобто власне форми права – Конституція України, закони України, постанови Кабінету Міністрів України тощо [83, с. 111-112].

За твердженням О.Журавської, у науковій літературі обґрунтовано, що якісно новим етапом в осмисленні джерел права стало виникнення та становлення основних правових шкіл, які, формуючи модель універсального юридичного світогляду, проектували її на природу і сутність джерел права. Важливим здобутком цього етапу виявився аналіз джерел права крізь призму різноманітних світоглядних засад, що сприяло виявленню та дослідженню нових складових структури цього правового явища. Саме тоді світова юридична думка спромоглася подолати історично зумовлені обмеження у сприйнятті джерел права – зокрема абсолютне домінування їх розуміння як нормотворчої волі та традиційно недостатню аналітичну увагу до формального виміру їхнього буття [34, с. 36].

Слід зазначити, пише Л.Макаренко, що більшість дослідників схиляється до розуміння терміну «джерело права» як форми зовнішнього вираження та закріплення правових норм, що засвідчує їхню загальнообов'язковість. Однак такий підхід, на думку вченого, видається дещо дискусійним. Джерело права не можна зводити виключно до способу зовнішнього вираження правових норм, об'єктивованих у певній формі, оскільки під «джерелом права» розуміють саме витоки права. До того ж джерело права може й не мати чіткої форми – наприклад, здоровий глузд чи теоретичне мислення цілком правомірно вважати повноцінними джерелами права, які формують його смисли, хоча й не є формами буття права [67, с. 29].

Взагалі, відзначає А.Матат, дискусія в теорії права щодо розмежування понять «джерело права» та «форма права» має чимало спільного з полемікою навколо верховенства права та верховенства закону. За твердженням вченого, можна провести таку паралель: подібно до того, як легісти зазнають труднощів із сприйняттям верховенства права, так і прихильники категорії «форма права» не знаходять переконливої аргументації на користь самостійності поняття «джерело права». Така ситуація значною мірою є наслідком впливу радянської

правової традиції, яка й досі відчутно позначається на розвитку правової системи України [70, с. 86].

Сутність джерел права виявляється у їхньому призначенні – визначати норми, правила та принципи, що регулюють поведінку осіб і відносини між ними в межах правової системи. При цьому джерела права мають відповідати низці ключових вимог: по-перше, вони повинні мати легітимний статус, тобто бути прийнятими або визнаними відповідно до встановлених процедур; по-друге, їм притаманна загальнообов'язкова сила щодо всіх осіб, які підпадають під відповідну юрисдикцію; по-третє, джерела права мають забезпечувати рівне застосування до всіх осіб, що перебувають в однакових обставинах, без будь-яких винятків чи дискримінації; по-четверте, вони повинні бути достатньо конкретними та деталізованими, щоб унеможливити довільне тлумачення; по-п'яте, джерела права мають бути здатними адаптуватися до змін суспільного життя, зберігаючи гнучкість правової системи; по-шосте, вони повинні передбачати дієві механізми контролю за виконанням правових приписів та притягнення до відповідальності за їх порушення [74, с. 52].

У межах плюралістичного підходу поняття «джерела права» охоплює сукупність об'єктивних чинників, які впливають на формування змісту правових норм, що закріплюються у відповідних нормативно-правових актах. Йдеться насамперед про ціннісно-ідеологічні, технологічні, політичні, економічні, соціальні та інші засади функціонування сучасних демократичних правових систем, які визначають напрями розвитку відповідних галузей права і законодавства. У сучасній науці такі чинники зазвичай розглядаються як складові процесу правоутворення – умови суспільної життєдіяльності, змістом яких є реальні відносини між суб'єктами суспільного життя. Саме ці відносини породжують об'єктивну необхідність правової регламентації, детермінують виникнення права, визначають його зміст, ефективність реалізації, а також характер і зміст правотворчих актів [24, с. 32].

Аналізуючи працю Т.Дідтча, в свою чергу Н.Оніщенко та С.Сунегін приходять до думки, що справді, якщо звернутися до ціннісно-ідеологічної складової формування сучасного права, то очевидним видається те, що його

основу становлять такі фундаментальні засади людського буття, як справедливість, свобода, рівність, гуманізм та права людини, які й визначають вектор розвитку правового регулювання суспільних відносин у демократичних державах. Технологічний прогрес, зокрема його інформаційно-комунікативний вимір, зумовлює суттєві зміни у правовому регулюванні практично всієї системи суспільних відносин, відкриваючи можливість їх віртуального оформлення та здійснення з цілком реальними правовими наслідками. Політичні та економічні процеси, пов'язані з євроінтеграційним та євроатлантичним курсом України, визначили пріоритетні напрями реформування економічного, соціального, енергетичного, земельного та інших галузей законодавства, головною метою яких є гармонізація та уніфікація відповідних норм і правил поведінки у зазначених сферах суспільного життя [83, с. 113].

Водночас, зазначають цитовані нами вчені, дослідження поняття «джерела права» крізь призму чинників правоутворення не означає, що цей феномен позбавлений суб'єктивного виміру або що останній відіграє лише другорядну роль, якій не варто приділяти належної уваги, а створені під його впливом правові норми автоматично відповідають реальному стану відповідних суспільних відносин. У загальному вигляді суб'єктивний аспект поняття «джерела права» виявляється через свідомість, волю та інші особистісні якості людини як первинного суб'єкта правотворчості, у діяльності якої на відповідній посаді в державному органі об'єктивуються її правотворчі повноваження [83, с. 113].

У матеріальному значенні джерелом права виступає суспільство з його соціально-економічним і культурним розвитком, що слугує підґрунтям для існування правових норм, - зокрема засоби та способи виробництва, форми власності, в основі яких лежать економічні відносини [11, с. 200]. Аналіз змісту джерел права в матеріальному розумінні дозволяє виокремити два основні підходи до взаємодії права й економіки: по-перше, визнання пріоритету права над економікою або, навпаки, економіки над правом; по-друге, заперечення будь-якого такого пріоритету та розгляд права й економіки як рівнозначних взаємообумовлених явищ [74, с. 53]. При цьому, прихильники першого підходу

здебільшого наголошують на тому, що саме правове регулювання здатне цілеспрямовано формувати економічні відносини, встановлюючи для них належні межі та орієнтири. Натомість представники протилежної позиції стверджують, що економічна реальність об'єктивно визначає зміст правових норм, а право лише закріплює те, що вже склалося на практиці. З цього приводу, видається, що найбільш виваженим є погляд, згідно з яким право та економіка перебувають у постійній взаємодії та взаємовпливі, а тому жодне з цих явищ не може розглядатися як абсолютно визначальне щодо іншого.

В той же час, відзначають А.Мерник та Д.Чоботар, у формально-юридичному значенні під джерелами права розуміють форми його зовнішнього вираження, до яких належать юридичні акти, прийняті уповноваженими органами державної влади (власне, більшість дослідників дотримується позиції, згідно з якою термін «джерело права» вживається передусім у формально-юридичному значенні, тобто позначає форму вираження та закріплення правових норм, що надає їм загальнообов'язкового характеру). Діяльність таких органів є формою закріплення відповідних правових норм, на підставі яких виникають, змінюються або припиняються правовідносини. Інакше кажучи, джерела права у формально-юридичному розумінні є офіційними формами об'єктивації правових принципів, що існують у суспільстві [74, с. 53].

Від себе відзначимо, саме у формально-юридичному значенні поняття «джерело права» набуває найбільшої практичної значущості, оскільки дозволяє чітко визначити, які акти є обов'язковими для виконання та яким чином вони співвідносяться між собою в ієрархії правової системи. Нормативно-правовий акт при цьому традиційно розглядається як основна і найпоширеніша форма джерела права в більшості сучасних правових систем, зокрема й в Україні. Водночас формально-юридичний підхід не вичерпує всієї багатоманітності джерел права (*поряд із нормативними актами важливу роль відіграють правові звичаї, судові прецеденти, нормативні договори та правова доктрина, що буде нами висвітлено в подальших структурних елементах дослідження – Т.К.*).

Таким чином, з вищенаведеного, в рамках тематики нашого дослідження, можемо зробити проміжні висновки. Так, по-перше, як бачимо, поняття

«джерело права» належить до найбільш дискусійних категорій як загальної теорії права так і філософії права (попри те, що цей термін використовується у юридичній науці впродовж понад двох тисячоліть, єдиного загальновизнаного його визначення так і не вироблено). Різні наукові школи та напрями вкладають у це поняття принципово відмінний зміст, що зумовлює широкий спектр його тлумачень. На нашу думку, багатозначність терміна «джерело права» не є випадковою, а відображає справжню складність і багатовимірність самого феномену права, внаслідок чого питання про першооснову права все ще залишається відкритим навіть в умовах глобалізації та зближення правових систем.

По-друге, проведений нами аналіз лише певної частини наукової фахової юридичної літератури дає нам підстави стверджувати, що поняття «джерело права» вживається щонайменше у трьох основних значеннях: ідеальному (правосвідомість, природне право, правова ідеологія), матеріальному (соціально-економічні умови суспільного життя, чинники правоутворення) та формально-юридичному (зовнішні форми вираження та закріплення правових норм). При цьому, скоріш за все, кожне з цих значень відображає певний аспект правової реальності і не може розглядатися як самодостатнє без урахування інших.

І, нарешті, по-третє, дослідження джерел права має не лише теоретичне, а й виражене практичне значення, адже від розуміння природи та сутності джерел права залежить ефективність правового регулювання суспільних відносин. Саме у формально-юридичному значенні поняття «джерело права» набуває найбільшої практичної значущості, оскільки дозволяє визначити ієрархію правових актів та механізми їх застосування, в тому числі і судову практику (що ми і розглянемо в подальших структурних частинах нашого дисертаційного дослідження). Водночас зведення джерел права виключно до їхніх формальних проявів є, на наш погляд, методологічно обмеженим підходом, що не враховує ціннісно-ідеологічних, соціальних та суб'єктивних чинників правоутворення, які відіграють визначальну роль у формуванні змісту правових норм у сучасних демократичних правових системах.

Не можемо залишити поза увагою того факту, що багатозначність терміна «джерело права» спонукала частину дослідників запропонувати замінити його поняттям «форма права». Проте, за твердженням Л.Макаренка, така заміна не вирішила наявної проблеми, а навпаки – дала поштовх новим науковим дискусіям. У юридичній літературі, на думку вченої, обидва терміни часто вживаються як рівнозначні: зокрема, в юридичній енциклопедії вони тлумачаться однаково – як спосіб зовнішнього вираження правових норм як загальнообов'язкових правил регулювання суспільних відносин [67, с. 29].

Однак поняття «форма права» та «джерело права» не є тотожними за своїм змістом. У зв'язку з цим у теорії права виокремлюють принаймні три підходи до їх співвідношення: повне ототожнення; часткове розмежування, за якого значення одного терміна частково перетинається зі значенням іншого; та повне розмежування з визнанням за кожним із понять самостійного і специфічного змісту [67, с. 29].

Відзначимо, філософське осмислення форми, як такої передбачає виокремлення цієї категорії як такої, що відображає атрибутивний вимір явища, через який розкривається його зміст і, відповідно, сутність. У контексті взаємодії з іншими категоріями, що характеризують атрибутивні аспекти явища, форма виступає засобом подальшої конкретизації його сутності та змісту в міру того, як явище розгортається у дійсності. Власне, у філософській думці форма явища традиційно тлумачиться у двох взаємопов'язаних аспектах – як внутрішня організація і структурованість змісту та як зовнішній спосіб його вираження й існування [151, с. 54].

Отже, на думку Х.Харта, форма права є державно-офіційним способом зовнішнього вираження, втілення та закріплення юридичних норм, із яких люди дізнаються про загальнообов'язкові правила поведінки. Офіційний державний документ (*закон, указ, декрет, постанова тощо – Т.К.*) є зовнішньою формою існування змісту правової норми, що зосереджує і закріплює відповідні правові приписи. Формальна визначеність права при цьому виступає носієм його змісту і є необхідним доповненням до його нормативності [[149, с. 41], с.41].

В свою чергу на думку В.Котюка, форма права є зовнішнім оформленням змісту загальнообов'язкових правил поведінки, які офіційно встановлені чи санкціоновані державною владою або загально визнані суспільством, зокрема правовий звичай чи рішення, прийняті на всенародних і місцевих референдумах [52, с. 35].

Аналіз форм права, відзначає Л.Фуллер, потребує врахування кількох ключових методологічних передумов. Насамперед, відзначає дослідник, слід мати на увазі зв'язок між формою права як юридичною та як філософською категорією (*так, зокрема, з філософської точки зору форму права можна розглядати як спосіб організації та взаємодії елементів правової системи між собою і з навколишнім середовищем – Т.К.*). Крім того, форма права нерозривно пов'язана з її соціальною сутністю та змістом: форма і зміст права є взаємозалежними та взаємодоповнювальними категоріями, що не піддаються відокремленню одна від одної (*в свій час ще Г.Гегель наголошував, що «зміст не існує без форми, а форма, своєю чергою, невіддільна від змісту, хоча й постає як щось зовнішнє щодо нього» [цит. за 151, с. 22] – Т.К.*). Важливо також усвідомлювати, що форма права не є статичною – вона постійно розвивається під впливом змін у політичному, економічному та соціальному житті суспільства, власне такий розвиток може виявлятися як у наповненні наявних форм новим змістом, так і у формуванні якісно нових форм права [145].

Під формою права розуміють також і об'єктивний спосіб зовнішнього вираження та закріплення змісту права в актах державних органів, судових рішеннях, договорах, звичаях та інших правових джерелах. При цьому, як зазначає Х.Харт, у переважній більшості наукових досліджень, усталеним є погляд на поняття «джерело права» та «форма права» як на рівнозначні й взаємозамінні категорії [149, с. 44].

Проведений аналіз лише деяких наукових підходів до розуміння категорій «джерело права» та «форма права» переконливо засвідчує, що ці поняття, попри їхню зовнішню схожість і нерідке ототожнення у юридичній літературі, мають самостійний зміст і, на наш погляд, не можуть розглядатися як абсолютні синоніми. Відтак, з'ясування характеру їхнього співвідношення є не

лише логічним продовженням здійсненого дослідження, а й нагальною методологічною потребою, адже від того, як саме розуміється взаємозв'язок між джерелом і формою права, значною мірою залежить як побудова загальної теорії джерел права, так і практика правозастосування.

Методологічна необхідність дослідження співвідношення зазначених категорій зумовлена кількома обставинами. По-перше, змішування понять «джерело права» та «форма права» призводить до звуження розуміння природи права, оскільки зводить усю багатоманітність правових явищ до їхнього формального вираження, залишаючи поза увагою матеріальні, ідеальні та соціальні чинники правоутворення [149]. По-друге, чітке розмежування цих категорій дозволяє точніше визначити місце кожної з них у системі понятійного апарату теорії права та уникнути термінологічної невизначеності [168], яка, як було показано вище, суттєво ускладнює як наукові дослідження, так і практику застосування права. По-третє, саме через осмислення співвідношення джерела і форми права стає можливим повноцінне розуміння механізму переходу правових ідей, цінностей та соціальних потреб у загальнообов'язкові правові норми [145], тобто самого процесу правоутворення в його цілісності.

Показовою є позиція польського дослідника Л.Моравського, який відверто визнає, що юридична наука у цьому питанні фактично не рухається вперед. На його думку, формування нового типу праворозуміння справляє суттєвий вплив на понятійний апарат юриспруденції, а тому підходи до правової дійсності, що претендують на концептуальну новизну, неминуче зумовлюють потребу в збагаченні усталених юридичних понять, виробленні нових теоретичних засад та відповідній раціоналізації юридичної термінології. Утім, на практиці наукова спільнота продовжує послуговуватися поняттям, що сягає корінням римського права, - коли Тіт Лівій назвав Закони XII таблиць джерелом усього публічного та приватного права Риму [161, с. 29].

Сучасна теорія права трансформувала моністичну методологію радянської правової науки у плюралістичну, визнавши рівноправними всі можливі концепції праворозуміння. Відтак майже кожне наукове дослідження з правової проблематики починається із розгляду різних підходів до розуміння

права. Отже, пише, Є.Врублевський, виникає закономірне запитання: як саме ця багатоманітність підходів до змісту права відобразилася на категорії зовнішньої форми права? [177, с. 54]. Цей же ш дослідник зазначає, що певною мірою оригінальним у цьому контексті є те, що на відміну, від радянської теорії права, питання поняття форми права виявилось цілковито відокремленим від аналізу ключової в даному відношенні категорії змісту права. Яким має бути підхід до розуміння форми (або джерела) права з позицій тих концепцій змісту права, що декларуються в різних типах праворозуміння, - залишається відкритим і досі не вирішеним питанням [177, с. 68-69].

Частина дослідників обстоює позицію про нетотожність понять джерела та форми права. Зокрема, М.Зірк-Садовський пропонує розуміти під джерелами права волю правотворчих суб'єктів. Відповідно, джерелами права виступають: воля людства (права людини, принципи права); воля народу (референдумні норми); воля держави (законодавчі норми); воля колективу (корпоративні норми); воля громадян та організацій (договірні норми). Форму права вчений визначає як своєрідне «сховище» юридичних норм. При цьому, в історичному вимірі він виокремлює десять форм права: правовий звичай, релігійні тексти, юридичний прецедент, діловий звичай, правосвідомість, нормативний акт, юридична доктрина, судова практика, моральні переконання та договір [178, с. 61].

Разом із тим значна частина науковців ототожнює поняття «форма права» та «джерело права». Так, М.Ларенц трактує форму (джерело) права як сукупність певних способів та засобів вираження державної волі суспільства. На думку вченого, форма права розкриває характер зовнішніх проявів права, визначає вигляд, у якому воно існує та діє у практичній площині. Через форму державна воля набуває публічно доступного та імперативного характеру й офіційно повідомляється суб'єктам її виконання [159, с. 71]. Отже, як бачимо, саме форма слугує тим інструментом, за допомогою якого право вводиться у дію та отримує загальнообов'язкову юридичну силу. Відтак, на нашу думку, ототожнення форми та джерела права у цьому контексті є цілком логічним, адже обидва поняття відображають єдиний процес об'єктивації правових норм у зовнішньому

середовищі. З точки зору філософії права, подібний підхід дозволяє розглядати право не лише як абстрактну категорію, а як реально діючий регулятор суспільних відносин, закріплений у конкретних формалізованих носіях.

Окремі зарубіжні правознавці розглядають державу та державну владу як джерело права у матеріальному значенні, тоді як правотворчу діяльність і законодавчий процес кваліфікують як юридичну форму – тобто як спосіб надання правила поведінки загальнообов'язкового характеру [див. наприклад, 137, с. 89–91]. Такий підхід, за твердженням Н. Чубохи, додатково ускладнює і без того непросту теоретичну проблему, проте переважна більшість дослідників сходиться на тому, що у формі права передусім слід вбачати спосіб вираження та закріплення правових норм. В той же час, дослідження джерел права зрештою передбачає аналіз цих форм крізь призму причин і умов їх виникнення, а також виявлення взаємозв'язків між ними. Частина науковців відносить до форм права діяльність держави із встановлення правових норм, а також адміністративні й судові прецеденти, розглядаючи способи вираження таких норм саме як форми права, а не як його джерела [124, с. 106].

Отже, на думку цитованої нами вище дослідниці, поняття «джерело права» має охоплювати будь-які явища, що справляють вплив на формування змісту юридичних норм і позитивного права в цілому. Натомість зовнішнє вираження правових норм, надання їм юридичного статусу та загальнообов'язкового характеру відображає категорія «форма права». Форму права, за твердженням вченої, слід розуміти як офіційне документальне закріплення змісту правил поведінки, що є результатом правотворчої діяльності уповноважених суб'єктів, завдяки якому відповідні норми набувають правового характеру – стають об'єктивно визначеними, стабільними та обов'язковими до виконання [124, с. 107].

На думку Н. Пархоменко, категорія «джерело права» не є тотожною категорії «форма права», оскільки остання орієнтована на теоретичне осмислення не лише зовнішніх способів вираження правових норм, а й інших ознак, що характеризують зовнішні зв'язки правових явищ. Дослідниця зазначає, що збіг сутності джерел і форм права можливий лише тоді, коли йдеться про

джерела права у формально-юридичному значенні, які водночас виступають формами права. При цьому, методологічно коректною основою для дослідження проблем організації правового змісту актів суб'єктів правотворчості авторка вважає теорію права саме у формально-юридичному розумінні [86, с. 62–63].

Очевидно, що проблема розмежування форми права і джерела права зумовлена передусім неодноковим тлумаченням цих понять у науковій літературі, відзначає В.Решота. Якщо під джерелами права розуміти чинники, що сприяють формуванню права, то вони не можуть одночасно слугувати формою зовнішнього вираження правових норм і нерідко виступають позаправовими регуляторами суспільних відносин. Утім, як засвідчує переважна більшість галузевих правових досліджень, це питання не належить до першочергових. На практиці форма права та джерело права здебільшого ототожнюються і розглядаються переважно у формально-юридичному значенні, при цьому нерідко наголошується, що під джерелом права мається на увазі саме зовнішня форма права. Водночас зазначена проблема має насамперед теоретичний характер, тоді як у практичній площині усталеним залишається використання терміна «джерело права» [100, с. 42].

Розвиваючи цю думку, цей же ш вчений відзначає, видається, що порушена проблема має першочергове значення саме для теорії та філософії права – у частині подальшого розмежування відповідних категорій і виявлення їх специфічних рис та відмінностей. Більшість галузевих юридичних наук, за його твердженням, підходить до цих питань крізь призму юридичного позитивізму, в межах якого аналізовані категорії здебільшого збігаються, а джерела права розглядаються у формально-юридичному значенні. Водночас із позицій природно-правової концепції поняття «джерело права» набуває значно ширшого змісту, охоплюючи навіть позаюридичні чинники, що зумовлюють виникнення та розвиток права [100, с. 43].

В контексті співвідношення досліджуваних нами правових категорій, на погляд, вирішення проблеми має ґрунтуватися на визнанні того, що поняття «джерело права» і «форма права» є самостійними категоріями з власним специфічним змістом, однак одне зі значень першого – формально-юридичне –

частково перетинається з другим у сенсі зовнішньої форми права. Проте йдеться саме про «частковий збіг», а не про ототожнення цих понять, оскільки форма як філософська категорія завжди протиставляється змісту, хоча й перебуває з ним у діалектичній єдності. Натомість, відзначає вчений, поняття формально-юридичного джерела права має не лише підкреслювати єдність форми та змісту, а й охоплювати їх у сукупності: формально-юридичним джерелом права може вважатися лише те, що має, по-перше, певний нормативно-правовий зміст і, по-друге, офіційну зовнішню форму. Отже, при виборі між поняттями «джерело права» і «форма права» перевагу доцільно надавати першому – якщо тільки не йдеться про конкретні питання правотворчості, зокрема вдосконалення форми окремих нормативно-правових актів. Така перевага зумовлена сутнісними ознаками цього поняття та його інформаційною складовою: формально-юридичним джерелом права є те, з чого суб'єкти права можуть отримати достовірні відомості про зміст чинного права [71, с. 265].

Розглядаючи проблему співвідношення джерел і форм права, слід виходити з того, що це питання не допускає однозначного та прямолінійного вирішення. Аналіз наукової літератури засвідчує, що в одних аспектах форма і джерело права можуть збігатися та розглядатися як тотожні поняття, тоді як в інших – суттєво різнитися і не можуть вважатися взаємозамінними [161, с. 65]. Форма та джерело права є тотожними категоріями тоді, коли йдеться про вторинні, тобто формально-юридичні джерела права. При цьому підкреслюється, що тотожність форми та джерела права виявляється у такому: форма вказує на те, яким чином організовано та виражено назовні юридичний (нормативний) зміст, тоді як джерело – на те, які юридичні та інші витоки й чинники визначають відповідну форму права та її зміст. В свою чергу щодо первинних джерел права, то розглядати джерела і форми права як взаємозамінні категорії є некоректним [137, с. 87].

Схожу думку можна знайти й у інших вчених. Категорія «форма права» бере свій початок від загальнофілософського поняття «форма», яке традиційно тлумачиться як спосіб існування та вираження змісту. Щодо поняття «джерело права», слід розрізняти два їх різновиди: первинні джерела – матеріальні,

соціальні та інші чинники, що справляють вплив на процес правоутворення, і вторинні – формальні (формально-юридичні), де форма вказує на те, яким чином організовано та виражено назовні нормативний зміст [159, с. 61].

Розглядаючи проблему співвідношення понять «форма права» та «джерело права», Дж.Салмонд розмежовує ці категорії, однак відмовляється від традиційної класифікації джерел права на три різновиди (матеріальні, ідеальні та формальні), натомість запроваджує власну систему понять. Під «витоками» права дослідник розуміє обставини, що зумовили виникнення права та забезпечують його дію, тобто те, що більшість науковців кваліфікує як джерела права в матеріальному значенні. Джерела права автор визначає як волю правотворчих суб'єктів, що відповідає джерелам права в ідеальному розумінні. Форми права трактуються ним як своєрідне «сховище» юридичних норм, те, з чого суб'єкти права черпають знання про чинне право, що, своєю чергою, відповідає джерелам права у формально-юридичному значенні [172, с. 211-221].

Категорії «джерело права» та «форма права», підсумовує Л.Макаренко, є самостійними поняттями і не підлягають ототожненню. Форма права охоплює спосіб зовнішнього вираження правового змісту, тобто його об'єктивізацію у доступних для сприйняття правових явищах. Джерело права, у свою чергу, позначає першооснови права – сукупність умов і обставин, у яких складаються правові смисли та формується право як особливий соціальний регулятор [67, с. 30].

Не вбачаємо за доцільне далеко відходити від основної мети нашого дослідження, в контексті зробленого нами аналізу окремих наукових підходів до розуміння співвідношення категорій «джерело права» і «форма права» можемо стверджувати, по-перше, зі змісту юридичної літератури випливає, на сьогодні усталилися щонайменше три позиції: повне ототожнення цих категорій, їх часткове розмежування із визнанням перетину у формально-юридичному значенні, та повне розмежування із наданням кожній категорії самостійного змісту.

По-друге, філософське осмислення категорії «форма» як способу існування та зовнішнього вираження змісту є необхідною методологічною

передумовою для коректного розуміння поняття «форма права». Форма і зміст права є взаємозалежними та взаємодоповнювальними категоріями, що перебувають у діалектичній єдності й не піддаються цілковитому відокремленню одна від одної. При цьому форма права не є статичною – вона розвивається під впливом змін у політичному, економічному та соціальному середовищі, що може виявлятися як у наповненні наявних форм новим змістом, так і у виникненні якісно нових форм права. Натомість поняття «джерело права» є ширшим за обсягом і охоплює не лише зовнішні форми вираження правових норм, а й матеріальні, соціальні та ідеальні чинники правоутворення, що передують формальному закріпленню права і значною мірою визначають його зміст.

І, нарешті, по-третє, найбільш методологічно виваженою видається позиція, згідно з якою поняття «джерело права» і «форма права» є самостійними категоріями з власним специфічним змістом, між якими існує лише частковий збіг – у площині формально-юридичного розуміння джерел права. Саме тому, формально-юридичним джерелом права може вважатися лише те, що одночасно має певний нормативно-правовий зміст і офіційну зовнішню форму, а, отже, при виборі між цими поняттями у загальнотеоретичному контексті перевагу доцільно надавати терміну «джерело права» як такому, що повніше відображає інформаційну та регулятивну природу права, охоплюючи сукупність усіх чинників, з яких суб'єкти права можуть отримати достовірні відомості про зміст чинного права. В той же час, поняття «форма права» доцільно застосовувати переважно тоді, коли акцент робиться на зовнішньому способі об'єктивації правового змісту, зокрема, у контексті конкретних питань правотворчості та вдосконалення нормативно-правових актів.

1.2 Класифікація джерел права: теоретико-методологічні підходи

Хоча проблема класифікації джерел права мала б належати до числа ретельно досліджених у сучасній юриспруденції, огляд наукової літератури свідчить про інше. На практиці питання класифікації джерел права здебільшого підмінюється класифікацією лише одного з їхніх різновидів – нормативно-правового акта. Зазначена тенденція простежується як у монографічних

дослідженнях радянської доби, так і в працях новітнього часу. В той же час, дещо відмінна ситуація характерна для навчальної літератури – підручників, посібників та лекційних матеріалів: у них зазвичай підкреслюється важливість класифікаційної проблематики, проте її безпосередній розгляд часто поступається місцем аналізу іншого кола питань – зокрема, визначенню окремих видів джерел права та встановленню їх переліку в межах конкретної правової системи чи правової сім'ї.

Концепція множинності джерел права впродовж десятиліть заперечувалася у вітчизняній правовій науці. При цьому, панівною залишалася теза про те, що саме нормативні акти є єдиним носієм і, відповідно, основною формою існування юридичних норм. В принципі, це виглядає цілком логічним. Так, дослідження реальної правової практики свідчить про те, що правова воля реалізується не виключно через зміст і форми процесів, пов'язаних із формуванням законодавчого права, коли створення правових норм, їх реалізація та забезпечення відбуваються за посередництвом спеціальних державних органів. Поряд із цим значного поширення набуло право, що формується у безпосередній взаємодії суб'єктів суспільного життя, коли вироблення правових норм, їх реалізація та дотримання здійснюються в межах самого громадянського суспільства [139, с. 155]. В той же час, на можемо забувати, що не менш важливою є і специфіка юрисдикційного, або судового права, за якого створення правових норм, їх реалізація та забезпечення відбуваються в рамках функціонуючої в суспільстві судової системи.

У дореволюційній юридичній літературі, пише А.Матат, така позиція не мала статусу загальновизнаної – на відміну від радянської правової науки, де вона набула характеру панівної доктрини. Передумовою для цього слугував односторонній нормативістський підхід радянських учених до розуміння сутності права, яке трактувалося як зовнішньо виражена воля держави (панівного класу) або як сукупність загальнообов'язкових правил поведінки, встановлених чи санкціонованих державою, дотримання яких гарантується можливістю застосування державного примусу [70, с. 85-86].

Відсутність системного підходу до джерел права була цілком характерною рисою для дореволюційної правової науки. Зокрема, більшість вчених дотримувалися позиції, згідно з якою джерелами права слід вважати ті обставини, що зумовлюють виникнення правових норм і визначають обов'язковість встановлюваних правил поведінки. Іншими словами, під джерелами права вони розуміли не нормативно-правові документи, а суспільні відносини, що об'єктивно потребують державно-владного регулювання [175, с. 79].

Відповідно до марксистської концепції, розробленої у працях К. Маркса та Ф. Енгельса, право виникає з економічних відносин, пов'язаних із приватною власністю, і є необхідною формою їхнього вираження. Стверджувалося, що джерелом права є воля панівного класу, детермінована економічним базисом і виражена через нормотворчу діяльність держави у відповідній правовій формі, яка надає тим чи іншим правилам поведінки значення юридично обов'язкових норм [160, с. 5]. Саме цей погляд на природу джерел права тривалий час панував у радянській юридичній науці та правовій ідеології, визначаючи методологічні засади досліджень у цій сфері.

В той же час, історичний екскурс дав підстави В.Кнаппу спостерігати еволюцію джерел права пострадянських держав. Так, зокрема, вчений вказує, ситуація кардинально змінилася у 90-х роках ХХ століття під впливом радикальних політичних та соціально-економічних перетворень на теренах колишнього Радянського Союзу. Саме тому, до системи джерел права поступово почали відносити не лише нормативно-правові акти, а й санкціоновані звичаї, судовий прецедент та нормативний договір [156, с. 90]. Упродовж останніх десятиліть зовнішні форми вираження юридичних норм суттєво розширилися та ускладнилися. Отже, одним із першочергових завдань правової науки постало питання класифікації відповідних об'єктів – розподіл правових явищ за класами і видами залежно від їхніх властивостей та характеристик. Попри це, теоретичним і практичним питанням класифікації джерел права на пострадянському етапі розвитку правознавства присвячено відносно небагато наукових праць, що свідчить про недостатню розробленість цієї проблематики.

Аналогічної думки Н.Пархоменко, яка відзначає, що одним із фундаментальних завдань будь-якої науки, зокрема й правової, є класифікація досліджуваних об'єктів – тобто їх розподіл за класами, групами та видами залежно від притаманних їм властивостей і характеристик [86, с. 78]. В свою чергу, як слушно зазначає цитований вище В. Кнапп, наукова класифікація є не самоціллю, а методологічним інструментом пізнання, що дозволяє впорядкувати різноманітні правові явища, виявити між ними спільні риси та відмінності, а також встановити закономірності їхнього розвитку [156, с. 91]. Звичайно ж, без належної класифікації правові поняття залишаються аморфними та позбавленими системності, що суттєво ускладнює як теоретичне осмислення правових явищ, так і їх практичне застосування.

У контексті теорії джерел права класифікаційна проблематика набуває особливого значення, оскільки від того, які критерії покладено в основу класифікації, залежить розуміння самої природи джерел права та їхнього місця в правовій системі. На думку Л.Моравського, методологічно коректна класифікація джерел права має враховувати не лише формально-юридичні, а й соціальні, історичні та аксіологічні чинники їхнього виникнення та функціонування [161, с. 88]. Відтак, як бачимо, класифікація джерел права не може обмежуватися суто позитивістським підходом, що зводить усю їхню різноманітність до нормативно-правових актів.

Схожої позиції дотримується й Ч.Варга, який, досліджуючи трансформацію правових систем постсоціалістичних держав, наголошує, що розширення переліку визнаних джерел права у країнах Центральної та Східної Європи після 1989 року поставило перед правовою наукою нагальну потребу вироблення нових класифікаційних підходів. За його твердженням, традиційні радянські класифікаційні схеми, орієнтовані виключно на нормативний акт як єдине джерело права, виявилися непридатними для опису якісно нової правової реальності, що формувалася в умовах демократичних перетворень [175, с. 102].

Таким чином, класифікація джерел права є не лише теоретичним, а й глибоко практичним завданням, вирішення якого безпосередньо впливає на ефективність правового регулювання суспільних відносин. Як вірно зазначає з

цього приводу М.Зірк-Садовський, науково обґрунтована класифікація джерел права слугує методологічною основою для розбудови цілісної та несуперечливої системи права, забезпечує її внутрішню узгодженість і дозволяє уникнути колізій між різними формами вираження правових норм [178, с. 90]. Саме тому питання класифікації джерел права заслуговує на значно більшу увагу з боку сучасної правової науки, ніж та, що приділяється йому нині.

Взагалі, термін «джерело права» є багатозначним (*про що ми вже писали раніше – Т.К.*) й вживається, як правило, у множині. Саме такий підхід є найбільш поширеним у навчальній літературі. В той же час, у науковій же літературі зустрічаються й інші пропозиції щодо розуміння цього терміна, які, однак, є різноманітними, нерідко суперечливими, позбавленими системності та не оформленими у вигляді цілісних концептуальних положень [177, с. 43]. Така «строкатість» наукових підходів, з одного боку, свідчить про живий дослідницький інтерес до проблематики класифікації джерел права, а з іншого – ускладнює формування єдиного загальноновизнаного розуміння цієї категорії. Таким чином, відсутність концептуальної єдності у трактуванні поняття «класифікація джерел права» породжує термінологічну невизначеність, яка негативно позначається як на якості наукових досліджень, так і на практиці правозастосування. Відтак вироблення чітких методологічних критеріїв розмежування та систематизації існуючих підходів до розуміння класифікації джерел права залишається одним із пріоритетних завдань сучасної теорії права.

Джерела права доцільно розглядати як багаторівневу систему, що охоплює різноманітні специфічні їх різновиди. Проте більшість дослідників не поділяє цього підходу, обмежуючись лише одним елементом у системі джерел права – актом правотворчості. Відсутність системного погляду на джерела права простежується, зокрема, у позиції тих авторів, які стверджують, що джерелами права є виключно офіційні юридичні тексти – офіційно сформульовані (створені, видані) чи санкціоновані (визнані) письмові або усні тексти, що містять правові норми. Такий підхід, попри свою простоту та зручність у практичному застосуванні, є методологічно обмеженим, оскільки залишає поза увагою матеріальні, ідеальні та соціальні чинники правоутворення [172, с. 55-56].

Зведення джерел права виключно до офіційних юридичних текстів фактично ототожнює поняття «джерело права» з поняттям «форма права», що, як було показано вище, не відповідає їхній справжній природі та змісту.

У контексті дослідження заявленої проблематики, вказують Н.Оніщенко та С.Сунегін, варто звернути увагу й на інший, більш прикладний аспект осмислення сутнісних характеристик джерел права крізь призму розвитку сучасної правотворчості, який набув значного поширення в юридичній літературі. Йдеться про вивчення джерел права, їх різновидів та функціонального призначення з погляду їх належності до певної правової системи або групи правових систем – зокрема, романо-германської чи англосаксонської. Багатоманітність правових систем та їхня специфіка, за твердженням вчених, суттєво ускладнюють комплексний розгляд джерел права та їхньої системи. Так, функціонування джерел права країн романо-германського типу має низку характерних особливостей, що відрізняють їх від джерел права інших правових сімей. Зокрема, романо-германські правники здійснюють пошук правової норми, яка підлягає застосуванню у конкретній справі, передусім у нормативно-правових актах – насамперед у законах, тоді як для представників англо-американської правової сім'ї найбільш природним є її пошук у судових прецедентах. Крім того, для юристів континентального права визначальним є точне знання норм і принципів права, їхньої взаємодії та техніки правозастосування, що зумовлює їхню зосередженість переважно на нормах матеріального права, тоді як юристи загального права приділяють першочергову увагу праву процесуальному [83, с. 117].

Окрім того, як цілком слушно зазначають Ю. Бисага та Д. Белов, при віднесенні України до романо-германської правової сім'ї в контексті питання про типологію та систему джерел права слід брати до уваги певну частку умовності [94, с. 67]. Формальне входження України до складу зазначеної правової сім'ї у XVIII столітті не лише не усунуло, а навпаки – поглибило розрив між «духом» закону, тобто матеріальними джерелами права, та його «буквою», тобто системою формальних джерел. Отже, на наш погляд, зазначена дихотомія та самотійний аспект незвідності вітчизняного права до романо-германської сім'ї

зумовлені недостатнім звільненням правової доктрини від впливу радянської правової ідеології.

Дослідницька позиція щодо джерела права є своєрідним індикатором, що відображає тип праворозуміння вченого та його уявлення про генезу правових інститутів. Стан наукової дискусії про співвідношення понять форми та джерела права, а також очевидно екстенсивний характер переважної більшості досліджень у цій сфері свідчать про наявність у вітчизняній правовій науці низки суттєвих невирішених проблем. Ці проблеми справляють відчутний вплив як на правотворчість, так і на правозастосовну практику. Очевидно, що пропонувані радикальні способи їх вирішення – зокрема, шляхом прийняття спеціального закону «про нормативні акти» - мають паліативний характер і не здатні усунути глибинних суперечностей, що існують у теорії джерел права [161, с. 91-92].

Ключовою теоретичною проблемою сучасної доктрини джерел права залишається конструювання їхньої внутрішньо узгодженої та системно організованої цілісності. Першочергову методологічну складність при цьому становить відсутність концептуально визначеного уявлення про об'єкт систематизації, а також існування суперечностей і нормативних лакун у правовому регулюванні статусу окремих форм об'єктивації права – насамперед міжнародних договорів, актів вищих судових інстанцій та актів муніципальної нормотворчості. Визначальним чинником, що блокує системотворчі зусилля в цій сфері, є стійке домінування позитивістської за своїм гносеологічним підґрунтям концепції обов'язкової ієрархічної впорядкованості системи джерел права. Місце конкретного джерела в такій ієрархії перебуває в прямій залежності від типу праворозуміння, що лежить в основі відповідної наукової концепції. Примітно, що правосвідомість як наукової спільноти, так і правозастосовників виявляє стійкий імунітет до самої можливості деконструкції ієрархічної парадигми. Видається обґрунтованою позиція щодо доктринальної складності практичного втілення ідеї нормативної рівнозначності офіційно-документальних форм буття права та таких джерел, як правова доктрина чи загальні принципи права. Разом із тим послідовний розвиток подібних концептуальних підходів у теоретико-правових дослідженнях відкриває реальну перспективу виходу вчення

про джерела права з наявного методологічного глухого кута та формування якісно оновленої парадигми праворозуміння [176, с. 88-89].

Отже, з'ясування сутності та змісту поняття «джерело права», а також характеру його співвідношення з категорією «форма права» є необхідною теоретичною передумовою для переходу до наступного, не менш важливого питання – класифікації джерел права, адже без чіткого розуміння того, що саме підлягає класифікації, будь-яка спроба систематизації джерел права приречена на методологічну непослідовність і термінологічну невизначеність. Саме тому класифікація джерел права є не самостійною і відірваною від попереднього аналізу операцією, а його логічним продовженням і практичним втіленням.

Відзначимо також, як ми вже акцентували увагу вище, класифікація як загальнонауковий метод пізнання передбачає розподіл досліджуваних об'єктів на групи та види за певними критеріями, що дозволяє виявити між ними спільні риси й суттєві відмінності, встановити закономірності їхнього функціонування та розвитку. Стосовно джерел права класифікація набуває особливого методологічного значення, оскільки дозволяє впорядкувати їхню різноманітність, визначити місце кожного різновиду в загальній системі та встановити характер взаємозв'язків між ними, при цьому вибір критеріїв класифікації безпосередньо залежить від типу праворозуміння дослідника та його уявлень про природу і сутність права загалом, що зумовлює існування в юридичній науці різноманітних класифікаційних підходів.

Ефективність функціонування будь-якої правової системи, відзначає В.Клабан, нерозривно пов'язана з її нормативною основою – системою джерел права. Саме ця система забезпечує належну нормативну регламентацію суспільних відносин, внутрішню цілісність правової системи та правопорядок як необхідну передумову сталого суспільного розвитку. Попри те що в науковому середовищі тривають дискусії з окремих питань формування та функціонування системи джерел права, ця категорія вже міцно утвердилася в понятійно-категоріальному апараті загальної теорії права і набула статусу усталеної наукової категорії [48, с. 24].

Як зазначає Н.Хомюк, попри проведення значної кількості наукових досліджень у цій сфері, цілісне та системне уявлення про джерела права так і не сформувалося в українській юридичній науці. При цьому термін «система джерел права» не набув належного нормативного закріплення у вітчизняній юридичній практиці, яка й донині оперує переважно термінами «законодавство» або «система законодавства» [122, с. 1].

Н.Пархоменко підкреслює, що система джерел права не є статичною, а перебуває у безперервній динаміці, оскільки функціонує в умовах суспільства, що постійно розвивається та змінюється. Відповідно, як уся система в цілому, так і її окремі елементи можуть зазнавати трансформацій, у тому числі скасовуватися, а в разі виникнення нових соціальних потреб – оновлюватися з метою адекватного відображення актуального стану суспільних відносин [87, с. 10].

Попри притаманну системі джерел права внутрішню стійкість, в умовах її інтенсивного розвитку може накопичуватися така кількість змін, ігнорування яких унеможливорює належне функціонування цієї системи. Саме в таких ситуаціях і виявляється динамізм системи джерел права як її сутнісна характеристика. Зокрема, це може виражатися у запровадженні нових форм об'єктивації правових норм, внесенні змін і доповнень до чинних джерел, удосконаленні вже сформованої системи шляхом прийняття нових джерел права та їх систематизації. Крім того, розвиток системи джерел права може проявлятися і у відмові від окремих форм об'єктивації правових норм, що втратили своє практичне значення [65, с. 69].

Найбільш методологічно виправданим підходом до дослідження системи джерел права, відзначає В.Клабан, видається її розуміння як сукупності взаємопов'язаних і внутрішньо узгоджених нормативно-правових приписів, об'єктивованих у відповідних зовнішніх формах і таких, що утворюють нормативно-правову організацію, необхідну для забезпечення правового регулювання суспільних відносин. Подібне розуміння системи джерел права, на думку вченого, уможливорює виокремлення її первинного елемента – нормативно-правового припису, а також дозволяє встановити взаємозв'язок і

взаємоузгодженість усіх елементів у межах внутрішньої організаційної структури системи. Крім того, за твердженням дослідника, нормативно-правові приписи об'єднуються в нормативно-правові інститути, галузі права та інші системні утворення – підгалузі, комплексні галузі, міжгалузеві інститути тощо. Саме таким чином зазвичай характеризують систему джерел права крізь призму її горизонтальних зв'язків, що становлять так звану галузеву структуру [48, с. 25].

Характеристика системи джерел права потребує не лише з'ясування її структурних елементів, а й розкриття сукупності ознак, що відрізняють її від простої сукупності розрізнених правових явищ і надають їй якості цілісного організованого утворення. Так, наприклад, Н.Пархоменко виокремлює такі характерні ознаки системи джерел права. По-перше, вона є складним утворенням, що складається з багатьох різнорідних підсистем – системи нормативно-правових актів, системи нормативно-правових договорів, системи правових прецедентів тощо, які перебувають у взаємодії завдяки системним зв'язкам. По-друге, їй притаманна здатність до змін під впливом як інших підсистем правової системи, так і нормоутворювальних джерел права; різка зміна обставин може спричинити нестабільність системи та її фрагментацію, за якої окремі джерела права не діють або суперечать іншим, паралізуючи їх функціонування. По-третє, розвиваючись, система джерел права послідовно переходить з рівня на рівень – від звичаєвого неписаного права до писаного, від фрагментарних нормативних сукупностей через кодифікацію до складної динамічної системи. По-четверте, у процесі функціонування завдяки системним зв'язкам виявляються нові принципи та правові приписи, існування яких не передбачалося під час її формування і які прямо не закріплені в юридичних джерелах права. По-п'яте, система джерел права містить національну, ієрархічну та горизонтальну (галузеву) структури. По-шосте, вона характеризується внутрішньою узгодженістю, що виражається у взаємозв'язку та несуперечності джерел права між собою. По-сьоме, система джерел права є суб'єктивно-об'єктивною: її системність формується суб'єктами правотворчості, водночас потреба в її існуванні має об'єктивний характер. По-восьме, джерелам права властивий активний характер, що виявляється не лише щодо системи права або

правової системи загалом, а й стосовно безпосередньо пов'язаних із правом систем – судової, системи законодавчих і виконавчих органів державної влади тощо. По-дев'яте, система джерел права наділена динамічністю, що проявляється у прямій та безпосередній дії, удосконаленні та оновленні джерел права, а також у процесах їх диференціації та інтеграції [86, с. 183].

Подібно до того, як унікальною є кожна правова система, відзначає Р.Тополевський, унікальною є і кожна система джерел права. Водночас різноманітним системам джерел права притаманні спільні риси. Узагальнюючи їх, можна автор виокремлює три компоненти, характерні для всіх систем джерел права незалежно від рівня регулювання: установчий (первинний), розвиваючий (вторинний) та допоміжний (забезпечувальний). При цьому, до установчого компонента належать ті джерела права, які є основоположними для відповідної правової системи та конституують її (загальні принципи права, конституції тощо). Зокрема, в Україні до цього компонента можна віднести Декларацію про державний суверенітет, Акт про державну незалежність та Конституцію, а для ЄС – статутарні акти (договори між країнами-членами) та принципи права. Розвиваючий компонент об'єднує юридичні джерела, що конкретизують елементи первинного компонента і містять основний масив правових норм: закони, підзаконні акти, правові прецеденти, доктрини. І, нарешті, допоміжний компонент значною мірою визначається особливостями розвитку національного законодавства. До нього належать нормативні акти, документи та доктрини, які, не маючи обов'язкової сили, здійснюють суттєвий вплив на інші джерела права через правотворчі органи – зокрема так зване «м'яке право». Сюди можуть входити професійні етичні кодекси, рекомендації, керівні роз'яснення та програмні настанови [118, с. 162-163].

Н.Хомюк зазначає, вітчизняна теорія джерел права перебуває на стадії становлення, при цьому в науковому середовищі відсутнє єдине розуміння природи та змісту поняття системи джерел права. Узагальнення наявних наукових позицій дозволило поглибити знання щодо поняття системи джерел права та її сутнісних характеристик. Проведений дослідницею аналіз цього правового явища підтвердив обґрунтованість позиції, згідно з якою система

джерел права являє собою комплекс взаємопов'язаних і внутрішньо узгоджених нормативно-правових приписів, згрупованих у нормативно-правові інститути, галузі та інші системні утворення, що об'єктивуються у зовнішніх формах (джерелах) права [122, с. 8].

У вітчизняній правовій науці, вказують А.Павко та Я.Павко, активно здійснюється пошук методологічного інструментарію, який дозволив би дослідити джерела права з урахуванням сучасних здобутків у пізнанні правових явищ. Українські дослідники, за твердженням авторів статті, виокремлюють кілька значень поняття «джерело права». По-перше, джерело права розуміється як спосіб виникнення права в соціальному вимірі (до цієї категорії належать пам'ятки історії, літописи, судові справи та звичаї, що існували в історичній ретроспективі, мають юридичний зміст і визначають основні напрями становлення права конкретної держави). По-друге, під джерелом права розуміють чинники правотворчості, що безпосередньо впливають на формування та функціонування права. По-третє, джерело права трактується як діяльність суб'єктів суспільних відносин, у результаті якої реалізуються їхні потреби та задовольняються інтереси. І, нарешті, по-четверте, джерела права розглядаються як зовнішні прояви права – текстуальні джерела, що поділяються на первинні, до яких належать нормативно-правові акти, нормативно-правові договори, правові прецеденти, релігійні норми та правові звичаї, і похідні, що уточнюють зміст первинних, – зокрема судова та адміністративна практика [88].

Монографічні дослідження, присвячені джерелам, зокрема, конституційного права, здебільшого відтворюють класичні теоретико-правові підходи до їх класифікації. Так, відзначає, А.Матат, автори підручника із загальної теорії держави і права за редакцією М.Цвіка та О.Петришина розрізняють первинні та вторинні джерела права. При цьому, *первинні джерела (курсив наш – Т.К.)* права містять правові норми, що мають обов'язкову юридичну силу для судів та інших правозастосовних органів. У країнах романо-германської правової сім'ї до їх числа традиційно відносять нормативно-правові акти та санкціоновані звичаї, при цьому беззаперечний пріоритет належить нормативно-правовим актам. В окремих правових системах до первинних

джерел права включають також загальні принципи права. Натомість *вторинні джерела* (*курсив наш – Т.К.*) охоплюють раніше ухвалені судові рішення, яким надається прецедентний характер, а також правову доктрину. Ці джерела виконують допоміжну функцію і не є самодостатньою юридичною підставою для ухвалення судових рішень. Їх застосування у правозастосовній діяльності є факультативним і здійснюється на розсуд відповідного суб'єкта правозастосування [70, с. 87].

У дослідженнях вже зверталася увага на підстави поділу джерел права на основні (первинні) та додаткові (вторинні). Зазначалося, що ця класифікація джерел права є недостатньо визначеною і не відрізняється одноманітністю у своєму розумінні. При цьому після терміна «основні» у дужках, як правило, вживається термін «первинні», а після терміна «додаткові» - відповідно термін «вторинні», і навпаки [86, с. 89]. Загалом така класифікація є коректною, якщо враховувати роль і значення окремих видів джерел права у регламентації суспільних відносин: одні з них регулюють суспільні відносини по суті та в повному обсязі і є основними, тоді як інші – уточнюють, конкретизують і доповнюють основні джерела права у тих випадках, коли в останніх з тих чи інших причин не сформульовано необхідних правових норм або окремих аспектів їхнього змісту, і тому визнаються додатковими джерелами права. Нині видається очевидним, що класифікація джерел права на основні (первинні) та додаткові (вторинні) є «комплексною» за своїм характером, а зазначена термінологічна синонімія не сприяє подальшому розвитку досліджень у сфері джерел права, зокрема їх класифікації. Поділ джерел права на основні та додаткові є самостійною класифікацією, яка певною мірою перетинається з класифікацією на первинні та вторинні, однак повністю з нею не збігається і має власний змістовний вимір [139, с. 121-122].

Суспільні відносини як матеріальні джерела права справляють безпосередній вплив на правосвідомість та правову ідеологію, які, у свою чергу, моделюють правову поведінку і слугують підґрунтям для формування правових норм. З огляду на це їх цілком обґрунтовано можна кваліфікувати як первинні джерела права. Окремі автори, навіть пропонують позначати первинні джерела

права термінами «соціальні витoki права», «коріння права» або «причини права», а відтак виводити їх за межі предмета загальної теорії права як науки [154, с. 188-189]. Такий підхід, за твердженням Ж.-Л. Бержеля, є загалом прийнятним, за винятком останньої тези, оскільки до складу теорії держави і права входить соціологія права, яка безпосередньо досліджує зазначені питання. Більш переконливою, на думку вченого, видається позиція, коли всю сукупність первинних джерел права позначають узагальнюючим терміном «змістовне джерело права», розглядаючи його як об'єкт дослідження філософії права та соціології права, тобто теоретичної юриспруденції загалом [138, с. 211].

Залежно від сукупності критеріїв (юридичної сили, соціальної значущості та ступеня поширеності серед інших джерел права), зазначає А.Мельник, у юридичній літературі прийнято розрізняти первинні та вторинні джерела права. При цьому, перелік вторинних (доповнювальних, похідних) джерел права у науковій літературі визначається по-різному. Так, до їх числа відносять міжнародні акти, нормативні договори та правові звичаї, які діють у тій мірі, в якій це допускається первинними джерелами права; правові звичаї та судові справи, а також пам'ятки історії та літератури, що існували раніше й знайшли відображення в чинних правових нормах; юридичну доктрину, принципи права та релігійно-правові тексти; джерела внутрішнього регулювання (саморегулювання) правовідносин їх учасниками – договори та односторонні правочини, локальні правові акти; судова практика [73, с. 69].

У юридичній науковій літературі можна знайти й інші критерії для класифікації джерел права. Зокрема, можна знайти позицію, згідно з якою джерела права залежно від суб'єктів та способів їх створення і формування слід поділяти на дві підгрупи: соціальні та легальні (формальні). До першої підгрупи відносять економіку, політику, соціальну структуру суспільства, ідеологію, психологію та мораль. До другої підгрупи належать, по-перше, суб'єкти, що діють у межах правотворчої компетенції – народ, органи держави, посадові особи, громадські об'єднання, – які розробляють і вводять у дію юридичні джерела або форми права, якими створюються нормативні акти, правові звичаї, нормативні договори, акти громадських об'єднань, юридична практика, правова

доктрина та релігійні норми; по-друге, свідомо цілеспрямована діяльність спеціально уповноважених державою суб'єктів, урегульована нормами права, кінцевою метою і результатом якої є створення джерела правової норми шляхом прийняття у відповідному суспільстві форми та способу вираження державної волі [13, с. 18].

Зважаючи на те, що поняття джерел права розглядається В.Ватрасом крізь призму категорій правових приписів та правових позицій саме сімейного права, вчений не погоджується з трактуванням соціальних та формально-юридичних джерел права як об'єктивних і суб'єктивних передумов виникнення правових норм. На його думку, зазначені обставини скоріше можуть виступати юридичними фактами, але не джерелами права. Водночас сам підхід до поділу джерел права на соціальні та формально-юридичні видається прийнятним, якщо під першими розуміти ті джерела, суб'єктами створення яких є недержавні суб'єкти – релігійні та соціальні групи, національні спільноти, суспільство загалом, а також окремі фізичні та юридичні особи як учасники договірних відносин. Соціальні джерела набувають формально-юридичного характеру в разі санкціонування їх створення державою. Формально-юридичні джерела, у свою чергу, можуть створюватися безпосередньо державою в особі її відповідних органів та посадових осіб [13, с. 18].

За юридичною силою джерела права поділяються на головні, основні та додаткові. Критерієм такого поділу слугує площа «правового поля», яку фактично займає той чи інший вид джерел права і яка відображає його юридичну значущість. Якщо вдатися до образного порівняння і уявити все правове поле як простір, де одночасно існують усі види джерел права, а кожен вид представити у вигляді окремої піраміди, збудованої на засадах внутрішньовидової ієрархії, то на площині правового поля одночасно розміщуватиметься ряд пірамід різної висоти. При цьому найвищою серед них буде піраміда, що уособлює головне джерело права [177, с. 87].

Відзначимо, на наш погляд, така ієрархічна модель наочно демонструє, що юридична вага різних видів джерел права є нерівнозначною: головні джерела права відзначаються найбільшою регулятивною силою і охоплюють найширшу

сферу правового регулювання, тоді як основні та додаткові джерела відіграють підпорядковану роль, доповнюючи і конкретизуючи приписи вищих за юридичною вагою джерел. Відповідно, у разі колізії між різними видами джерел права пріоритет надається тому, що посідає вищу сходинку в ієрархії правового поля.

Саме це, на думку Ж.-Л. Бержеля, свідчить про те, що поняття юридичної сили потребує подальшого наукового осмислення і не може бути зведене лише до місця органу держави, що приймає відповідне джерело права, в механізмі державної влади, а також не може вичерпно пояснюватися сукупністю додаткових формальних чи матеріальних критеріїв. Юридична сила як властивість джерел права є багатоаспектною категорією, що охоплює не лише формально-ієрархічний вимір, а й змістовний, функціональний та соціальний. Вона визначає не лише місце того чи іншого джерела права в ієрархічній системі, а й ступінь його обов'язковості, сферу дії, можливість скасування або зміни іншими джерелами права. Відтак, стверджує вчений, розробка комплексного підходу до розуміння юридичної сили джерел права є одним із актуальних завдань сучасної теорії права, вирішення якого сприятиме усуненню колізій у правовому регулюванні та підвищенню ефективності правозастосовної практики [137, с. 88].

За способами надання юридичної значущості окремі дослідники поділяють джерела права на офіційні та неофіційні. Проте, за твердженням К.Ларенца, такий поділ не є беззастережним і породжує низку принципових питань. Передусім постає питання про те, чи є взагалі коректним застосування поняття «неофіційні джерела права» стосовно «резервуарів» чинних правових норм. Видається, що ні, адже всі джерела права є офіційно визнаними носіями чинного права і всі вони без винятку є обов'язковими для суб'єктів правозастосування. Інше питання стосується форми та способу надання офіційності – точніше, юридичної значущості. Остання може надаватися або шляхом нормативно-правового закріплення офіційного статусу відповідного джерела права, або через мовчазне визнання (санкціонування). З огляду на викладене, найбільш вдалим варіантом класифікації джерел права за способами

надання юридичної значущості видається їх поділ не на офіційні та неофіційні, а на нормативно закріплені та мовчазно визнані (санкціоновані). При цьому не виключаються й інші варіанти найменування відповідних груп, що утворюються внаслідок класифікації за формою надання юридичної значущості [159, с. 211].

На наш погляд, зазначена термінологічна проблема має не лише академічний, а й цілком практичний вимір. Так, зокрема, некоректне позначення окремих джерел права як «неофіційних» може формувати хибне уявлення про їх необов'язковість або другорядність у процесі правозастосування, що, своєю чергою, здатне негативно позначатися на якості та одноманітності правозастосовної практики.

Відзначимо, проаналізовані нами наукові дослідження дозволяють констатувати, що у юридичній науці та практиці створення ідеальної системи джерел права залишається своєрідним концептуальним ідеалом. Власне, частина дослідників схильна вважати це завдання апріорі нездійсненим, оскільки суспільні відносини перебувають у постійному русі і законодавець об'єктивно не здатний своєчасно охопити, передбачити та відобразити у нормативних приписах усе їх різноманіття.

Так, зокрема, можна зустріти й класифікацію в залежності від поширеності в історичних та існуючих правових сім'ях. В такому випадку джерела права прийнято розмежовувати на традиційні та нетрадиційні. При цьому, традиційні джерела є універсальними – вони притаманні абсолютно всім правовим сім'ям як минулого, так і сучасності. Попри те що обсяг і роль традиційних джерел, їх розподіл на основні та додаткові можуть помітно відрізнятися не лише між різними правовими сім'ями, а й у рамках окремих національних правових систем, що належать до однієї сім'ї, їх якісний склад залишається незмінним. Отже, до традиційних джерел права, за твердженням вченого, відносять: правовий звичай, правовий прецедент, нормативний договір, правову доктрину, священне писання та нормативно-правовий акт. В свою чергу, нетрадиційні джерела права охоплюють решту офіційно визнаних носіїв чинних норм позитивного права, які, однак, за переважною більшістю сутнісних характеристик не відповідають ознакам традиційних джерел [142, с. 91-95].

Цікаво, ще у юридичній науці кінця радянського та початку пострадянського періоду, відзначає О.Джуринський, було порушено питання щодо поділу джерел права на традиційні (типові) та нетрадиційні (нетипові), що, на погляд, було зумовлено відмовою від визнання нормативно-правового акта єдиним джерелом радянського права та поступовим розширенням кола джерел правового регулювання суспільних відносин за рахунок інших джерел права, відомих, зокрема, європейській правовій традиції [25]. Цілком логічно, зазначений перехід від моністичного до плюралістичного розуміння системи джерел права став закономірним наслідком демократичних перетворень та переорієнтації правових систем пострадянських держав на засади верховенства права і правової держави.

Поділяючи позицію щодо розмежування джерел права на традиційні та нетрадиційні, Ж.-Л. Бержель визначає ознаки, які можуть бути необхідними і достатніми для характеристики нетрадиційного джерела права. Зокрема, до таких ознак належать: невластивість відповідного джерела права для конкретної правової сім'ї; субсидіарний характер застосування нетрадиційних джерел права при врегулюванні суспільних відносин; відсутність чітко визначених правотворчих процедур або повна їх відсутність, що унеможлиблює формальне конституювання нетрадиційних джерел права; стихійний, малопомітний і спонтанний характер виникнення такого джерела права; формування нетрадиційного джерела права, як правило, у тих сферах суспільних відносин, які не потребують безпосереднього державного втручання; відсутність нетрадиційного джерела права у переліку формально-юридичних джерел, закріплених у конституційному законодавстві або в законодавстві держави загалом [137, с. 188].

Як бачимо, як у загальній теорії права, так і в галузевих юридичних науках існують не лише різноманітні підходи до класифікації джерел права, а й суттєві розбіжності у віднесенні тих самих джерел до різних класифікаційних груп – нерідко діаметрально протилежних. При цьому автори відповідних класифікацій далеко не завжди вважають за необхідне обґрунтувати обрані ними критерії поділу, що суттєво ускладнює порівняльний аналіз наявних наукових

позицій. На наш погляд, така термінологічна і класифікаційна неузгодженість є закономірним відображенням відсутності єдиної методологічної основи для дослідження системи джерел права. Відсутність загальновизнаних критеріїв класифікації не лише ускладнює теоретичне осмислення цього явища, а й породжує практичні труднощі у правозастосовній діяльності, зокрема при визначенні ієрархії джерел права та вирішенні колізій між ними.

Саме тому, можемо розглянути й такий поділ за відповідністю певній моделі джерел права: класичні та модифіковані. Поділ на класичні та модифіковані джерела права базується на вивченні модельних параметрів окремих видів традиційних джерел права. До класичних джерел права належать усі традиційні джерела – як основні, так і додаткові, при цьому, до модифікованих відносяться джерела позитивного права, що виникають унаслідок трансформації моделі традиційних джерел права під впливом певних чинників. Модифіковані джерела права зберігають частину традиційних ознак, однак до них додаються ознаки інших правових та політико-правових реальностей. Саме модель традиційних джерел права є визначальним критерієм для включення решти джерел права до категорії модифікованих, до цієї категорії належать різноманітні за назвою, походженням та функціональним призначенням джерела позитивного права [137, с. 202-204]. Відзначимо, модифікація традиційних джерел права відбувається з різних підстав, які потребують окремого спеціального дослідження (*що, наразі, виходить за межі завдань, поставлених нами у цій роботі – Т.К.*).

Не можемо обійти увагою й науковий підхід до класифікації джерел права, що ґрунтується на спробах побудувати її через функціональні зв'язки між елементами системи джерел права. Сутність цього підходу зводиться до вже відомого розмежування форм і джерел права або джерел позитивного та природного права (*докладніше про це див. підрозділ 1.1 – Т.К.*). Причому в тому чи іншому варіанті в переважній більшості досліджень утвердилося явне або неявне визнання існування двох систем із відмінними властивостями або, якщо йдеться про природне право, ідеальних джерел, що взагалі не мають

властивостей системності. Зокрема, розмежовуються система форм права як ієрархічна та система джерел права як неієрархічна.

У цьому контексті варто нагадати про дискусію щодо джерел природного і позитивного права. Так, для більшості фахівців аксіомою є положення про те, що для позитивного права ієрархічність є іманентною та необхідною якістю, при цьому основним системоутворювальним чинником виступає воля держави (суверена). В той же час, складнішою є ситуація з природним правом: норми та принципи, що складають природне право, окремі автори кваліфікують як несистематизовані, тоді як інші дослідники, навпаки, вбачають у них чинник, що систематизує право. Більшість теоретиків права стверджують, що джерела природного права набувають властивостей системності та ієрархічності лише тоді, коли стають джерелами позитивного права. В іншому разі їх можна розглядати виключно на одному рівні – системному. Ієрархії ж між ними не існує, оскільки між ними відсутнє як структурне, так і функціональне, і будь-яке інше за своїм характером ієрархічне підпорядкування [167, с. 221-223].

Джерела права саме у формальному значенні цього поняття являють собою різноманітні форми зовнішнього вираження правил поведінки учасників суспільних відносин. При цьому, на наш погляд, різноманітність таких форм зумовлена передусім специфікою правових систем різних держав, особливостями їх історичного розвитку, правової культури та традицій правотворчості. У романо-германській правовій сім'ї провідне місце серед форм зовнішнього вираження правових норм посідає нормативно-правовий акт, тоді як в англо-американській традиції визначальну роль відіграє судовий прецедент. У правових системах, де значний вплив мають релігійні норми, самостійне місце серед форм вираження права займають релігійні тексти. Така багатоманітність форм зовнішнього вираження права є відображенням об'єктивної складності та багатовимірності права як соціального явища [142, с. 67].

А.Матат, досліджуючи безпосередньо джерела конституційного права України, відзначає, джерела галузі конституційного права є формалізованими джерелами, змістом яких виступають конституційно-правові норми. Відтак, за твердженням вченого, до джерел конституційного права традиційно належать ті

з них, у яких правова норма набуває об'єктивної форми вираження, тобто отримує формально-юридичне закріплення. Науковець окремо зазначає, що дослідження у сфері конституційного права в частині вивчення джерел нерідко зводяться до констатації того, що основним джерелом є Конституція України – яку дослідники відносять до традиційних джерел, – тоді як усі інші можуть визнаватися джерелами конституційного права за умови наявності формального вираження, яке, своєю чергою, також повинне мати нормативний характер [70, с. 87].

У контексті дослідження заявленої проблематики варто також звернути увагу на інший, більш прикладний аспект осмислення сутнісних характеристик джерел права крізь призму розвитку сучасної правотворчості, який набув значного поширення в юридичній літературі. Йдеться про вивчення джерел права, їх різновидів та функціонального призначення з погляду їх належності до певної правової системи або групи правових систем – зокрема, романо-германської чи англосаксонської. Зазначений підхід зумовлений тим, що багатоманітність правових систем та їхня специфіка суттєво ускладнюють комплексний розгляд джерел права та їхньої системи. Так, функціонування джерел права країн романо-германського типу правових систем має низку характерних особливостей, що відрізняють їх від джерел права інших правових сімей. Зокрема, пошук правової норми, яка підлягає застосуванню у конкретній справі, романо-германські правники здійснюють передусім у нормативно-правових актах, насамперед у законах, тоді як для представників англо-американської правової сім'ї найбільш природним є її пошук у судових прецедентах. Крім того, для юристів континентального права визначальним є точне знання норм і принципів права, їхньої взаємодії та техніки правозастосування, що зумовлює їхню зосередженість на нормах матеріального права, тоді як юристи загального права приділяють першочергову увагу праву процесуальному [93, с. 44-47].

Загальновизнаним здобутком порівняльного правознавства є концептуальний внесок французького правника Р. Давида, який здійснив фундаментальне дослідження правових систем сучасного світу та заклав

методологічні підвалини їх наукової класифікації. Саме він запропонував узагальнену юридичну категорію «правова сім'я» для об'єднання правових систем сучасності. Так, зокрема, за твердженням вченого, правова сім'я формується з національних правових систем, об'єднаних за такими ознаками, як структура права, юридична практика, джерела права та правова ідеологія [94, с. 56]. Р.Давид виокремив три правові сім'ї – романо-германську, англосаксонську та соціалістичну, поклавши в основу класифікації ідеологічний критерій і критерій юридичної техніки. При цьому, одним із найважливіших критеріїв такої класифікації є форма, система та ієрархія джерел права.

Особливе місце серед правових сімей сучасного світу, як зазначає Р.Давид, посідає романо-германська, яка є результатом еволюції римського права, проте не його механічним відтворенням. Вона охоплює правові системи більшості країн Африки, Латинської Америки, Близького Сходу, Індонезії, Японії та континентальної Європи. Останні зарубіжні дослідники поділяють на дві групи: романську – до якої належать Франція, Італія, Іспанія, Бельгія, Люксембург та Нідерланди – і германську, що включає Німеччину, Австрію, Швейцарію та ряд інших країн [142, с. 223].

Аналіз юридичної літератури та правової практики різних держав засвідчує, що кожна правова система характеризується значним розмаїттям джерел права. Цілком закономірно, що вони не є рівнозначними в ієрархії джерел права і не виконують однакових регулятивних функцій [88].

Варто наголосити, А.Павко та Я.Павко, що спільними для всіх правових систем є такі джерела права: по-перше, нормативно-правові акти на чолі із законом; по-друге, звичаї, що утворюють систему норм звичаєвого права; по-третє, судова практика та судові прецеденти, які є загальновизнаними джерелами права; по-четверте, міжнародні договори, що за своїм значенням наближаються до конституційних законів; по-п'яте, загальні принципи права, відповідно до яких має будуватися діяльність судових та інших державних органів; по-шосте, доктрини, за допомогою яких виробляються основоположні принципи романо-германського права [88].

Наведений перелік спільних для всіх правових систем джерел права є лише відправною точкою для більш детального аналізу їх ієрархії та внутрішньої структури. Питання про те, яке місце посідає кожне з джерел права в загальній системі правового регулювання, залишається дискусійним і по-різному вирішується як у різних правових сім'ях, так і в межах окремих національних правових систем. Це зумовлює необхідність звернення до наявних у науці підходів щодо ієрархії джерел права, зокрема у вітчизняній юридичній доктрині. Показово, що навіть серед українських правознавців у цьому питанні немає однастайності.

Зазвичай українські правознавці виокремлюють чотири види форм (джерел) права: нормативно-правовий акт, правовий звичай, судовий чи адміністративний прецедент та нормативний договір. А. Нечитайленко натомість виділяє три форми права: правовий звичай, юридичний нормативний акт і судовий чи адміністративний прецедент [78, с. 93]. Т. Андрусак пропонує шість видів форм права: правовий звичай, судовий прецедент, нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, релігійні канонічні тексти та міжнародно-правові акти [4, с. 103]. Р. Луцький, у свою чергу, вважає за доцільне виділяти сім видів форм (джерел) права: правовий звичай, закон (нормативно-правовий акт), правовий прецедент, нормативно-правовий договір, правову доктрину, релігійно-правову норму та міжнародно-правовий акт [63, с. 20].

Поряд із горизонтальними зв'язками системі джерел права, пише В. Клабан, притаманні також вертикальні, ієрархічні зв'язки – так звана субординаційна структура. Будь-яка сучасна система джерел права є складним нормативним утворенням, що містить підсистеми: нормативно-правову, нормативно-договірну, прецедентну, звичаєву тощо. За твердженням дослідника, горизонтальну структуру сучасної системи джерел права України складають галузі конституційного, цивільного, кримінального, адміністративного, фінансового, трудового, земельного, господарського, аграрного, екологічного та процесуального права. Поряд із класичними галузями формуються й самостійні нормативні інститути – морського, комерційного, освітнього права. Характерною рисою цього структурного зрізу є трансформація

змісту усталених галузей, поява нових галузей та інститутів, а також їх дедалі частіший змішаний і комплексний характер, що засвідчує високий динамізм розвитку системи джерел права України. Об'єктивація нормативно-правових приписів в Україні традиційно здійснюється переважно через нормативно-правові акти. Водночас зростає потреба у нормативно-правових договорах і правових звичаях. У науковій літературі тривають дискусії щодо можливості застосування судового прецеденту як джерела права, хоча на практиці він в Україні офіційно не визнається [48, с. 25-26].

Досліджуючи систему джерел цивільного права О. Кривов'яз, пише, що їй притаманні системоутворювальні внутрішні типові зв'язки: між юридичною силою нормативно-правових актів певного виду та правовими нормами, що в них містяться; між нормами права того чи іншого виду актів і суспільними відносинами, які ними регулюються; між суспільними відносинами та правовими нормами, що їх регулюють. Системні зв'язки, на думку дослідника, забезпечують цілісність і стабільність системи джерел права, структура якої охоплює три компоненти: базовий (фундаментальний), похідний (конкретизуючий) та допоміжний (субсидіарний). До базового компонента системи джерел цивільного права України належать Конституція України та загальні засади (принципи) права. Похідний компонент об'єднує цивільне законодавство та нормативно-правовий договір. Допоміжний компонент включає звичай, судовий прецедент, доктрину, цивільно-правовий договір (правочин), односторонній правочин, а також локальні правові акти. Цивільне законодавство є основним структурним елементом системи джерел цивільного права України [57, с. 25-26].

Відзначимо також, у радянській юриспруденції була поширена практика ототожнення системи джерел права із системою законодавства або системою нормативно-правових актів. Цьому є цілком логічне пояснення. Традиційно у юриспруденції під законодавством розуміється сукупність законів у вузькому значенні або законів і підзаконних актів у широкому. Звичайно ж, застосування широкого трактування, характерного для радянської юриспруденції, коли законодавство охоплювало всі нормативно-правові акти держави, призводило до

девальвації закону як такого. В той же час, після ідеологічних змін у вітчизняній юридичній науці перевагу було надано вузькому трактуванню цього поняття, що відкрило можливість для більш чіткого розмежування між системою законодавства та системою джерел права в цілому [118, с. 160].

Отже, підсумовуючи результати проведеного дослідження у межах нашого підрозділу, слід зазначити, що аналіз наукових підходів до класифікації джерел права та системи джерел права дозволив виявити низку ключових закономірностей і суперечностей, що потребують належного доктринального осмислення.

По-перше, проведений аналіз наукової літератури переконливо свідчить про відсутність єдиної, загально визнаної класифікації джерел права як у вітчизняній, так і в зарубіжній юридичній науці. У науковому середовищі склалася значна кількість класифікаційних підходів, заснованих на різних критеріях: юридичній силі, поширеності в правових сім'ях, способах надання юридичної значущості, відповідності певній моделі джерел права, функціональних зв'язках між елементами системи тощо. При цьому автори відповідних класифікацій нерідко відносять ті самі джерела до діаметрально протилежних груп, не обґрунтовуючи обраних критеріїв, що породжує термінологічну невизначеність і ускладнює порівняльний аналіз наявних наукових позицій. Така класифікаційна неузгодженість, на наш погляд, є закономірним відображенням відсутності єдиної методологічної основи для дослідження системи джерел права, а її практичним наслідком є труднощі у правозастосовній діяльності, зокрема при визначенні ієрархії джерел права та вирішенні колізій між ними.

По-друге, система джерел права не є статичним утворенням, а характеризується безперервною динамікою, що зумовлена постійним розвитком суспільних відносин. Перехід від моністичного до плюралістичного розуміння системи джерел права, що відбувся в пострадянських правових системах, є закономірним наслідком демократичних перетворень та переорієнтації на засади верховенства права. Водночас, попри суттєве розширення кола визнаних джерел права, традиційні радянські класифікаційні схеми, орієнтовані виключно на

нормативно-правовий акт, значною мірою зберігають свій вплив на вітчизняну правову доктрину та практику, що свідчить про недостатнє звільнення юридичної науки від спадщини нормативістської ідеології.

По-третє, методологічно виваженим підходом до розуміння системи джерел права є її розгляд як сукупності взаємопов'язаних і внутрішньо узгоджених нормативно-правових приписів, об'єктивованих у відповідних зовнішніх формах і таких, що утворюють нормативно-правову організацію, необхідну для забезпечення правового регулювання суспільних відносин. Системі джерел права притаманні як горизонтальні (галузеві), так і вертикальні (субординаційні) зв'язки, а її структура охоплює три компоненти: установчий (первинний), розвиваючий (вторинний) та допоміжний (забезпечувальний). При цьому юридична вага різних видів джерел права є нерівнозначною, а поняття юридичної сили є багатоаспектною категорією, що охоплює не лише формально-ієрархічний, а й змістовний, функціональний та соціальний виміри.

І, по-четверте, специфіка системи джерел права конкретної держави нерозривно пов'язана з її приналежністю до тієї чи іншої правової сім'ї. Так, Україна, формально належачи до романо-германської правової сім'ї, зберігає значний розрив між «духом» закону (матеріальними джерелами права) та його «буквою» (системою формальних джерел), що зумовлено недостатнім звільненням вітчизняної правової доктрини від впливу радянської правової ідеології. Подолання цього розриву через законодавче визнання ширшого кола джерел права, в першу чергу судової практики, є нагальним завданням як теоретичної, так і прикладної юриспруденції, вирішення якого сприятиме підвищенню ефективності правового регулювання суспільних відносин в Україні.

Висновки до Розділу 1

Отже, підсумовуючи результати проведеного дослідження у межах нашого підрозділу, слід зазначити, що аналіз наукових підходів до поняття, класифікації джерел права та, власне, системи джерел права дозволив виявити

низку ключових закономірностей і суперечностей, що потребують належного доктринального осмислення.

Так, по-перше, як бачимо, поняття «джерело права» належить до найбільш дискусійних категорій як загальної теорії права так і філософії права (попри те, що цей термін використовується у юридичній науці впродовж понад двох тисячоліть, єдиного загальновизнаного його визначення так і не вироблено). Різні наукові школи та напрями вкладають у це поняття принципово відмінний зміст, що зумовлює широкий спектр його тлумачень. На нашу думку, багатозначність терміна «джерело права» не є випадковою, а відображає справжню складність і багатовимірність самого феномену права, внаслідок чого питання про першооснову права все ще залишається відкритим навіть в умовах глобалізації та зближення правових систем.

Проведений нами аналіз лише певної частини наукової фахової юридичної літератури дає нам підстави стверджувати, що поняття «джерело права» вживається щонайменше у трьох основних значеннях: ідеальному (правосвідомість, природне право, правова ідеологія), матеріальному (соціально-економічні умови суспільного життя, чинники правоутворення) та формально-юридичному (зовнішні форми вираження та закріплення правових норм). При цьому, скоріш за все, кожне з цих значень відображає певний аспект правової реальності і не може розглядатися як самодостатнє без урахування інших.

Дослідження джерел права має не лише теоретичне, а й виражене практичне значення, адже від розуміння природи та сутності джерел права залежить ефективність правового регулювання суспільних відносин. Саме у формально-юридичному значенні поняття «джерело права» набуває найбільшої практичної значущості, оскільки дозволяє визначити ієрархію правових актів та механізми їх застосування, в тому числі і судову практику. Водночас зведення джерел права виключно до їхніх формальних проявів є, на наш погляд, методологічно обмеженим підходом, що не враховує ціннісно-ідеологічних, соціальних та суб'єктивних чинників правоутворення, які відіграють визначальну роль у формуванні змісту правових норм у сучасних демократичних правових системах.

По-друге, філософське осмислення категорії «форма» як способу існування та зовнішнього вираження змісту є необхідною методологічною передумовою для коректного розуміння поняття «форма права». Форма і зміст права є взаємозалежними та взаємодоповнювальними категоріями, що перебувають у діалектичній єдності й не піддаються цілковитому відокремленню одна від одної. При цьому форма права не є статичною – вона розвивається під впливом змін у політичному, економічному та соціальному середовищі, що може виявлятися як у наповненні наявних форм новим змістом, так і у виникненні якісно нових форм права. Натомість поняття «джерело права» є ширшим за обсягом і охоплює не лише зовнішні форми вираження правових норм, а й матеріальні, соціальні та ідеальні чинники правоутворення, що передують формальному закріпленню права і значною мірою визначають його зміст.

Отже, найбільш методологічно виваженою видається позиція, згідно з якою поняття «джерело права» і «форма права» є самостійними категоріями з власним специфічним змістом, між якими існує лише частковий збіг – у площині формально-юридичного розуміння джерел права. Саме тому, формально-юридичним джерелом права може вважатися лише те, що одночасно має певний нормативно-правовий зміст і офіційну зовнішню форму, а, отже, при виборі між цими поняттями у загальнотеоретичному контексті перевагу доцільно надавати терміну «джерело права» як такому, що повніше відображає інформаційну та регулятивну природу права, охоплюючи сукупність усіх чинників, з яких суб'єкти права можуть отримати достовірні відомості про зміст чинного права. В той же час, поняття «форма права» доцільно застосовувати переважно тоді, коли акцент робиться на зовнішньому способі об'єктивації правового змісту, зокрема, у контексті конкретних питань правотворчості та вдосконалення нормативно-правових актів.

По-третє, проведений аналіз наукової літератури переконливо свідчить про відсутність єдиної, загальновизнаної класифікації джерел права як у вітчизняній, так і в зарубіжній юридичній науці. У науковому середовищі склалася значна кількість класифікаційних підходів, заснованих на різних критеріях: юридичній силі, поширеності в правових сім'ях, способах надання

юридичної значущості, відповідності певній моделі джерел права, функціональних зв'язках між елементами системи тощо. При цьому автори відповідних класифікацій нерідко відносять ті самі джерела до діаметрально протилежних груп, не обґрунтовуючи обраних критеріїв, що породжує термінологічну невизначеність і ускладнює порівняльний аналіз наявних наукових позицій. Така класифікаційна неузгодженість, на наш погляд, є закономірним відображенням відсутності єдиної методологічної основи для дослідження системи джерел права, а її практичним наслідком є труднощі у правозастосовній діяльності, зокрема при визначенні ієрархії джерел права та вирішенні колізій між ними.

По-четверте, система джерел права не є статичним утворенням, а характеризується безперервною динамікою, що зумовлена постійним розвитком суспільних відносин. Перехід від моністичного до плюралістичного розуміння системи джерел права, що відбувся в пострадянських правових системах, є закономірним наслідком демократичних перетворень та переорієнтації на засади верховенства права. Водночас, попри суттєве розширення кола визнаних джерел права, традиційні радянські класифікаційні схеми, орієнтовані виключно на нормативно-правовий акт, значною мірою зберігають свій вплив на вітчизняну правову доктрину та практику, що свідчить про недостатнє звільнення юридичної науки від спадщини нормативістської ідеології.

По-п'яте, методологічно виваженим підходом до розуміння системи джерел права є її розгляд як сукупності взаємопов'язаних і внутрішньо узгоджених нормативно-правових приписів, об'єктивованих у відповідних зовнішніх формах і таких, що утворюють нормативно-правову організацію, необхідну для забезпечення правового регулювання суспільних відносин. Системі джерел права притаманні як горизонтальні (галузеві), так і вертикальні (субординаційні) зв'язки, а її структура охоплює три компоненти: установчий (первинний), розвиваючий (вторинний) та допоміжний (забезпечувальний). При цьому юридична вага різних видів джерел права є нерівнозначною, а поняття юридичної сили є багатоаспектною категорією, що охоплює не лише формально-ієрархічний, а й змістовний, функціональний та соціальний виміри.

I, по-шосте, специфіка системи джерел права конкретної держави нерозривно пов'язана з її приналежністю до тієї чи іншої правової сім'ї. Так, Україна, формально належачи до романо-германської правової сім'ї, зберігає значний розрив між «духом» закону (матеріальними джерелами права) та його «буквою» (системою формальних джерел), що зумовлено недостатнім звільненням вітчизняної правової доктрини від впливу радянської правової ідеології. Подолання цього розриву через законодавче визнання ширшого кола джерел права, в першу чергу судової практики, є нагальним завданням як теоретичної, так і прикладної юриспруденції, що своєю чергою сприятиме як підвищенню ефективності правового регулювання суспільних відносин, так і забезпеченню єдності судової практики в Україні.

РОЗДІЛ 2

**СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ТА ПРАВОРОЗУМІННЯ У ПРАВОВИХ СИСТЕМАХ КРАЇН ЦЕНТРАЛЬНОЇ ЄВРОПИ:
КОНЦЕПТУАЛЬНІ ТА ІНСТИТУЦІЙНІ ВИМІРИ****2.1 Судова правотворчість та її форми в правових системах країн Центральної Європи: теоретико-правовий аналіз**

Насамперед відзначимо, поняття «судова практика» та відповідний термін здобули широке визнання і поширення в сучасний період розвитку нашої країни, як у загальнотеоретичних і галузевих юридичних дисциплінах, так і у конституційному та поточному законодавстві вітчизняних і зарубіжних правових систем. Незважаючи на інтенсивне використання цього терміну в юридичній науковій літературі, дослідники зазначеного явища так і не виробили спільного розуміння ні його поняття, ні змісту, ні форм вираження. Розбіжність наукових позицій у цій сфері є цілком природною і навіть закономірною, адже зумовлена складністю, багатоплановістю та внутрішньою суперечливістю самого досліджуваного явища (*що ми і плануємо більш детально розглянути далі – Т.К.*). Проте потреби правової теорії та юридичної практики диктують необхідність формування цілісного й узагальненого наукового уявлення про цей феномен, побудованого на виявленні та аналізі його найбільш істотних рис і ознак.

Питання про визнання судової практики джерелом права залишалося актуальним ще в радянський період. Воно неодноразово порушувалося та обговорювалося як на загальнотеоретичному рівні (*переважно в контексті вчення про джерела права – курсив наш – Т.К.*), так і в межах окремих галузевих дисциплін. Саме тому, цілком зрозуміло, роль судової практики оцінювалася радянськими правознавцями по-різному. З цього приводу варто навести твердження Р.Давида, який зазначав, якщо запитати радянського юриста про роль судової практики в СРСР, він переконливо відповість, що роль ця є значною. Проте, вказує вчений, якщо поставити йому запитання про те, чи є судова практика джерелом права, відповідь буде негайною і категорично

негативною. Учений доходить висновку, що розуміння ролі судової практики в СРСР стає очевидним лише після з'ясування загального підходу до права в радянській державі, організації судової системи та інших органів вирішення спорів [142, с. 170-185].

Водночас слід підкреслити, що вивчення радянського досвіду правового регулювання та доктринальних підходів до визначення ролі судової практики наразі втрачає свою актуальність, особливо в контексті євроінтеграційного курсу України та її зближення з правовими стандартами Європейського Союзу. Після початку повномасштабного вторгнення Російської Федерації в Україну у лютому 2022 року звернення до радянської правової спадщини як методологічного орієнтиру стало не лише науково застарілим, а й політично неприйнятним. Відповідно, пріоритетним напрямом для вітчизняної правової науки є переорієнтація на досвід держав Центральної та Східної Європи, насамперед країн-членів ЄС, які успішно здійснили трансформацію своїх правових систем відповідно до європейських стандартів і сформували власні підходи до розуміння судової практики як джерела права.

Судова практика, відзначають, Є.Вертегел та В.Посашкова слугує підґрунтям єдиного правового простору відповідної держави або кількох держав, що визнають юрисдикцію певного міжнародного суду. У зв'язку з цим принципово важливим є врахування специфіки судової практики не лише як чинника правореалізації, а й як прояву правотворчої діяльності суддів. Видається необхідним визнання судових рішень повноцінним джерелом права, здатним усувати прогалини чинного законодавства та забезпечувати динамічний розвиток правової системи. Досконалого законодавства не існує і не може існувати, адже передбачити всю різноманітність можливих конфліктних ситуацій у процесі застосування тих чи інших правових норм об'єктивно неможливо. Саме в таких випадках судова практика відіграє незамінну роль: вона розкриває, поглиблює та конкретизує зміст норми, що застосовується у конкретних правовідносинах, наповнюючи її реальним регулятивним змістом [14, с. 18].

Упродовж тривалого часу вітчизняна юридична наука розглядала волю законодавчого органу як єдине легітимне джерело формування та розвитку права, вказує О.Дашковська. Судам традиційно відводилася виключно правозастосовна роль, тоді як можливість їхнього впливу на правоутворення фактично заперечувалася. Між тим, подальший розвиток правосуддя в Україні нерозривно пов'язаний із реальним утвердженням принципу верховенства права та забезпеченням кожній особі гарантії справедливого судового розгляду незалежним і неупередженим судом. Змістовне наповнення верховенства права визначається передусім тим, що права людини й основоположні свободи слугують ціннісним ядром, яке обумовлює спрямованість і межі діяльності держави. Проте верховенство права ризикує залишитися суто декларативною доктриною доти, доки судді у своїй професійній діяльності не керуватимуться ним як безумовним орієнтиром, зокрема, в частині дотримання вимог юридичної визначеності та узгодженості судової практики [23, с. 34].

На думку С.Шевчука, нормотворча роль актів судової влади простежується впродовж усієї історії розвитку права. До історичних передумов визнання їхньої нормативності належать: потреба у дотриманні звичаїв, що отримували підтвердження в судових рішеннях; процеси централізації державної влади, ієрархічна побудова судової системи та публічність судочинства. Водночас послідовне застосування судами принципу вирішення подібних справ у подібний спосіб сприяє зростанню суспільної довіри до суддівського корпусу та зміцненню авторитету судових рішень. Участь суду у правоформуванні стає реальною тоді, коли правова позиція, сформульована в акті судової влади, набуває обов'язкового значення не лише для сторін конкретного спору, а й для суддів при розгляді наступних справ аналогічного характеру [128, с. 26–27].

Поширене у різних країнах визнання нормативного характеру актів судової влади зумовило утвердження в науковому обігу поняття «судова правотворчість». Цей термін відображає явище, за якого судді в процесі застосування та тлумачення правових норм, усунення прогалин і подолання колізій формулюють нові правоположення (правові позиції), що становлять невід'ємну частину мотивувальної складової акта судової влади [112].

Судова правотворчість, стверджують Ю.Бисага, Д.Белов та Р.Натуркач, є різновидом правотворчої діяльності й відповідно наділена всіма її сутнісними ознаками: вона здійснюється спеціально уповноваженим суб'єктом; спрямована на формування, зміну або скасування нормативних приписів; має процедурно-процесуальний характер; а її результати отримують закріплення у відповідних юридичних актах-документах [9, с. 11].

Судова правотворчість є невід'ємною складовою прецедентного права, яке нині поступово формується у вітчизняній судовій практиці. Показовим у цьому контексті є досвід країн Центральної Європи, Польщі, Чехії, Словаччини та Угорщини, де після трансформаційних процесів 1989-1991 років роль судової практики як джерела права суттєво зросла, а рішення конституційних і верховних судів набули фактично прецедентного значення. Подібна еволюція правових систем цих держав засвідчує, що визнання нормативності судових актів є закономірним наслідком демократизації правосуддя та утвердження верховенства права [156, с. 78-81].

Розгляд судової правотворчості, відзначає Б.Малишев, доцільно розпочати з визнання її різновидом правотворчості як такої. Під правотворчістю традиційно розуміють спеціальну діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування або народу, шляхом референдуму, спрямовану на встановлення, зміну чи скасування правових норм. Відтак неодмінною умовою будь-якого правотворчого процесу є його спрямованість на зміст норми права: остання або створюється, або змінюється, або скасовується. При цьому скасування норми права є повноцінним актом правотворчості нарівні зі створенням нової норми, адже в обох випадках відбувається очевидне втручання у систему правового регулювання та її зміна. З огляду на це позиція окремих учених, які заперечують правотворчий характер судових рішень про визнання норм незаконними або неконституційними, видається непереконливою та такою, що не відповідає сутності правотворчого процесу [68, с. 34-35].

Будь-яка наукова теорія, за твердженням Г.Тимченко та Ю.Рябченко, незалежно від галузі знань, до якої вона належить, проходить тривалий і непростий шлях становлення та суспільного визнання. Вчення про судову

правотворчість у цьому відношенні не є винятком із загального правила. Попри те, що судова правотворчість давно відома і ґрунтовно досліджена в країнах загального права, витoki якого сягають англійських коронних судів XII століття, її наукове осмислення залишається актуальним і сьогодні. Саме тоді вперше відбулося органічне поєднання державного законодавства із звичаєвим правом, норми якого слугували засобом усунення законодавчих прогалин, формуючи таким чином якісно новий правореґулюючий симбіоз, що врегульовував спірні відносини на засадах справедливості, розумності та природної виваженості. Такий підхід висував до суддів підвищені вимоги: від них очікувалися не лише досконале володіння правотлумачною практикою, а й здатність формулювати нові правила врегулювання цивільно-правових спорів – реалістичні, чутливі до суспільних і моральних цінностей та узгоджені з принципами справедливості й законності [117, с. 156].

Судова правотворчість заслуговує на виокремлення як самостійний різновид правотворчої діяльності – позиція, яка набула значного поширення в сучасній юридичній науці. Романо-германська правова сім'я традиційно розглядає діяльність верховних судів у конкретизуючому, а не правотворчому ключі: вищі судові інстанції формулюють керівні роз'яснення щодо правильного застосування чинних норм, утримуючись від створення нових правових приписів. Водночас слід визнати, що в окремих ситуаціях судді країн романо-германської правової системи безпосередньо «черпали» право з реалій суспільного життя, подекуди вступаючи у своєрідне змагання із законодавцем. Не вдаючись до офіційного визнання судової правотворчості як особливого виду правотворчості в країнах континентального права, варто констатувати наявність у них (зокрема і в Україні – курсив наш Т.К.) стійкої тенденції до поступового, хоча й обережного, розвитку її елементів. Зокрема, будь-яке судове рішення, що ґрунтується на аналогії закону або загальних принципах права, після проходження касаційної інстанції може набувати значення фактичного прецеденту. Французький дослідник Р. Давід у цьому контексті вказує на існування так званих «вторинних правових норм», що виробляються суддями в процесі конкретизації законодавчих положень, наголошуючи при цьому, що

зміст норми закону тлумачиться судом у тому значенні, яке найбільшою мірою відповідає вимогам справедливості на момент її застосування [6, с. 11].

Зв'язок між судовою правотворчістю та справедливістю відображено також у наукових дослідженнях Р. Майданика. Зокрема, вчений обґрунтовує, що суди формують «нове право» не лише з метою тлумачення неоднозначних норм, вирішення колізій чи усунення прогалин, а й задля захисту концепції справедливості, діючи всупереч закону (*contra legem*), розширюючи зміст нормативних положень та розкриваючи фундаментальні надпозитивні принципи правової системи. Крім того, дослідник констатує, що ідеї судової правотворчості *contra legem*, спрямованої на утвердження справедливості в суспільстві, знайшли практичне втілення в судовій діяльності окремих країн континентального права [66, с. 46].

Континентальне право (до якої належить більшість країн Центральної та Східної Європи, зокрема Польща, Чехія, Словаччина, Угорщина, Австрія та ін.), в межах якого функціонує також і судова система України, дедалі частіше стикається з ситуацією, коли між суспільним розвитком і чинним правовим регулюванням утворюються розриви. Ці розриви проявляються не лише у вигляді неповноти, неточності, нечіткості чи суперечливості правових норм, а й у накопиченні цілої низки правових казусів, що потребують нового правового осмислення та врегулювання шляхом ексклюзивного тлумачення як загальних засад законодавства, так і принципів права та його інститутів. Саме в такий спосіб, з одного боку, формується оновлене розуміння права як такого, а з іншого – відбувається правове освоєння тих явищ суспільного життя, які раніше перебували поза межами нормативного регулювання [131, с. 142].

Поняття «судової правотворчості», відзначає американський дослідник В.Бернхем, тривалий час залишалося притаманним передусім прецедентному праву, витoki якого сягають англійської судової системи і яке згодом поширилося в США, Канаді та інших країнах, сформувавши англосаксонську правову сім'ю. Правозастосовчий процес у цій правовій сім'ї здійснюється суддею на основі загальних суспільних уявлень про справедливість, моральні цінності, звичаї та традиції, що й зумовило закріплення за ним назви загального

права. При цьому, ключовою фігурою такої системи є саме суддя, який виступає безпосереднім творцем права. Підґрунтям подібної правотворчості слугують не норми статутного права в аспекті їх неповноти, нечіткості чи суперечливості, що характерно для континентальної традиції, а власне суддівське бачення того, яким чином той чи інший правовий казус має бути врегульований виходячи з того, що є «прийнятним з точки зору громадськості» [8, с. 54]. На нашу думку, показово, що саме така модель правотворчості забезпечує органічний зв'язок між правом і суспільними реаліями, дозволяючи правовій системі своєчасно реагувати на нові виклики без очікування законодавчих змін. Це пояснює, чому в умовах зближення правових систем елементи суддівської правотворчості дедалі активніше проникають і в континентальне право, зокрема в правові системи країн Центральної Європи.

На перший погляд, зазначає Д.Ясинюк, реальна судова практика у сфері континентального права не встановлює прямого зв'язку між «виключною правовою проблемою» та теоретико-правовим поняттям «судової правотворчості». Однак, відзначає вчений, за більш уважного аналізу виявляється, що судова правотворчість є одночасно і механізмом усунення законодавчих прогалин, і процесом, який нерозривно спирається на змістовно-правову матерію тієї галузі матеріального права, до якої належить предмет конкретного спору. Саме через цей механізм суд здійснює своєрідне «правове відновлення», усуває з правового обороту «виключну правову проблему», що виникає внаслідок неповноти, нечіткості, неточності чи суперечності правових норм або їх повної відсутності [131, с. 144].

Загальновизнаним постулатом континентального права, також відзначає вищезитований автор у своєму дослідженні, залишається положення про те, що судді не творять право, а лише тлумачать зміст його норм у межах їхнього змістовно-правового значення. Однак це положення дедалі частіше вступає в суперечність із реаліями сучасного правосуддя, оскільки усталене процесуально-правове поле статутного права поступово розширюється за рахунок проникнення в нього елементів судової правотворчості. При цьому така правотворчість не підриває стабільності континентального права, позаяк спирається на принципи

матеріального та процесуального права, звичаї цивільного обороту і суспільно-історичні традиції, що й уможлиблює формування нових правових конструкцій, здатних ефективно врегульовувати спірні суспільні відносини [131, с. 146].

У національних правових системах країн Центральної Європи судова правотворчість набуває реального значення тоді, коли правова система функціонує як динамічна структура, в якій законодавець формулює закон як загальну правову концепцію, що визначає напрям регулювання певної сфери правовідносин, тоді як конкретизація та заповнення прогалін покладаються на суддю. Досвід Польщі, Чехії, Словаччини та Угорщини переконливо свідчить, що після трансформаційних процесів 1990-х років саме судова правотворчість стала інструментом подолання суперечностей і колізій, які неминуче виникали в умовах стрімкого оновлення законодавства. Водночас абсолютизувати судову правотворчість не варто: право за своєю природою є похідним від суспільного розвитку, який тяжіє до стабільності. Відтак судова правотворчість має сприйматися не як виняток чи відхилення від континентальної традиції, а як органічний елемент динамічної правової системи, що забезпечує її здатність своєчасно реагувати на нові суспільні реалії [157, с. 67].

У правових системах країн Центральної Європи (*наприклад, Польщі, Чехії, Словаччини та Угорщини – Т.К*) судова правотворчість у сфері континентального права нерозривно пов'язана зі статутним правом і виникає виключно тоді, коли в процесі правозастосування суд стикається із законодавчими прогалинами: неповнотою, нечіткістю, неточністю чи суперечністю правових норм, їх відсутністю або остаточною архаїчністю. Оскільки самі законодавчі прогалини мають локальний характер, тобто охоплюють конкретні, обмежені ділянки нормативного регулювання, то й судова правотворчість, спрямована на їх усунення шляхом уточнення, доповнення, розширення чи тлумачення норм права, також залишається локальною за своїм змістом і сферою дії [131, с. 147]. Досвід центральноєвропейських держав підтверджує, що саме така модель забезпечує баланс між стабільністю правової системи та її здатністю адаптуватися до нових суспільних реалій.

Попри визнання судової правотворчості у правових системах багатьох країн Центральної Європи, ця концепція не позбавлена критиків у науковому середовищі. Зокрема, Р. Дворкін формулює два принципових заперечення проти суддівської правотворчості. По-перше, управління спільнотою та державою має здійснюватися тими, хто обраний більшістю і несе перед нею відповідальність. Оскільки судді в переважній більшості випадків не обираються і, на відміну від законодавців, не є підзвітними електорату, творення ними норм права вступає в пряме протиріччя з принципами демократії. По-друге, якщо суддя спочатку формулює нову норму права, а вже потім застосовує її до справи, що розглядається, така норма набуває ретроспективного характеру. Це означає, що сторона, яка програла справу, зазнає несприятливих наслідків не за порушення обов'язку, що існував на момент вчинення дії, а за порушення «нового» обов'язку, створеного вже після того, як відповідна подія відбулася [29, с. 130-131].

За концепцією А. Барака, суддівський розсуд передбачає наявність у судді свободи вибору між кількома законними альтернативами. Якщо ж існує лише одна законна альтернатива, розсуд як такий відсутній, адже суддя зобов'язаний обрати саме цей варіант, не маючи жодної свободи вибору. Так само не може йтися про розсуд у ситуації вибору між законним і незаконним актом: суддя зобов'язаний обрати законний варіант і не має права обрати незаконний. Отже, законність альтернативи є визначальною умовою самої можливості розсуду, а не його наслідком, вибір ґрунтується на тому, що відповідний варіант є законним, а не навпаки. У зв'язку з цим закономірно постає питання: як саме встановити законність того чи іншого варіанту суддівського рішення? Це завдання є непростим, оскільки право досі не виробило універсального критерію чи інструменту для розмежування дозволеного і забороненого, законного і незаконного. Однак практичним орієнтиром може слугувати такий підхід: варіант вважається законним, якщо юридична спільнота визнає його таким і сприймає без жодних застережень чи сумнівів [5, с. 39].

Показовим прикладом суддівської правотворчості у романо-германській правовій сім'ї, пишуть І.Іванюра, Д.Шевченко та А.Сівець, є конституційно

закріплений статус рішень Федерального конституційного суду Німеччини, які наділені вищою юридичною силою і є обов'язковими для всіх органів державної влади федерації та земель, судів, установ і приватних осіб. Примітно, відзначає дослідник, що серед суб'єктів, зобов'язаних неухильно виконувати ці рішення, перебуває і парламент, якому заборонено приймати закони, що суперечать позиціям конституційного суду. Таким чином, Федеральний конституційний суд ФРН своїми рішеннями фактично встановлює межі для законодавчої діяльності на майбутнє, зберігаючи при цьому за собою право переглядати власні попередні рішення спеціальним рішенням Пленуму у разі такої необхідності [38, с. 300]. Наведений приклад, на наш погляд, переконливо свідчить про те, що в країнах романо-германської правової сім'ї суди фактично виконують правотворчу функцію, навіть якщо формально це не визнається доктриною. В свою чергу, вбачаємо, досвід Німеччини є особливо релевантним для України, оскільки демонструє, як інститут конституційного судочинства може слугувати дієвим механізмом обмеження законодавчого свавілля та захисту фундаментальних правових цінностей.

«Виключна правова проблема» вважає виникає там і тоді, де законодавчі прогалини у вигляді відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості або остаточної архаїчності правових норм утворюють розрив між динамікою суспільного розвитку та чинним правовим регулюванням, унеможливаючи врегулювання спірних відносин. Саме тому сучасне правосуддя об'єктивно потребує запровадження в континентальному праві, в межах якого здійснюється судочинство в країнах Центральної Європи, поняття «судової правотворчості». Це поняття виконує роль своєрідного «правового стабілізатора»: через механізм судової правотворчості суд усуває законодавчі неузгодженості, не виходячи за межі чинного правового поля [132, с. 100]. У цьому, як ми думаємо, й полягає як практичний, так і теоретичний зміст судової правотворчості – вона є іманентною рисою правосуддя в системі загального права і водночас дедалі більш визнаним інструментом у континентальній правовій традиції, попри те що формально суди в ній не вважаються суб'єктами правотворчості.

На перший погляд реальна судова практика, відзначає Д.Ясинок, не встановлює прямого зв'язку між «виключною правовою проблемою» та поняттям «судової правотворчості». Однак за більш уважного аналізу виявляється, що судова правотворчість є одночасно механізмом усунення законодавчих прогалин і процесом, що спирається на змістовно-правову матерію відповідної галузі матеріального права. Саме через цей механізм суд усуває «виключну правову проблему», тобто ситуацію, за якої неповнота, неточність, суперечність або відсутність правових норм унеможлиблює врегулювання спірних відносин у межах наявного правового інструментарію. Отже, «виключна правова проблема» - це правова проблема, подолання якої можливе виключно в межах судового провадження шляхом судової правотворчості, що розвиває право та заповнює законодавчі прогалини [132, с. 102-103].

Отже, на думку вищезитованого вченого, закономірно постає питання: що саме дестабілізує континентальне право і породжує потребу в судовій правотворчості? Відповідь, криється у стрімкому розвитку суспільних відносин, за яким законодавець об'єктивно не встигає. Нові технології, трансформація економічних відносин, зміни у поведінці та свідомості людей постійно породжують нові правові ситуації, тоді як норми матеріального і процесуального права, перебуваючи у статичному стані, поступово «старіють» і втрачають здатність ефективно регулювати суспільне життя. Накопичення таких відставань неминуче призводить до появи прогалин, неточностей і суперечностей у законодавстві. Усе це вимагає переосмислення методологічної ролі континентального права в частині ставлення до судової правотворчості [132, с. 105].

Судову правотворчість, відзначає Б.Малишев, слід розуміти як специфічну діяльність органів судової влади, спрямовану на встановлення, зміну або скасування юридичних норм. Ця діяльність характеризується низкою особливостей. По-перше, її суб'єктами виступають суди як органи державної влади, від імені яких діють судді, що входять до їх складу. По-друге, правотворчість є для суду додатковою, а не основною функцією; головним призначенням судової діяльності залишається розгляд правових спорів шляхом

правозастосування та ухвалення індивідуально-правових актів, а не створення нових норм. Саме в цьому і полягає згадана вище «специфічність» судової правотворчості. По-третє, здійснення судової правотворчості потребує санкціонування з боку вищого представницького органу державної влади, як правило, шляхом прийняття спеціального закону або ж через мовчазну згоду парламенту, що набуває характеру своєрідного правового звичаю [68, с. 37].

Межа між судовим тлумаченням і правотворчістю, пише Т.Подорожна з посиланням на М.Козюбру [55, с. 41], є настільки тонкою і рухливою, що її вичерпна законодавча регламентація є практично неможливою. Законом можуть бути закріплені лише загальні орієнтири, якими суди керуються при визначенні меж своєї інтерпретаційної та правотворчої діяльності. Визначальним же принципом такої діяльності має залишатися принцип судового самообмеження. Будь-яке судове рішення правотворчого характеру, а особливо у «складних справах», де виникають сумніви щодо його відповідності принципу поділу влади, може бути ухвалене лише тоді, коли суд, зваживши всі аргументи «за» і «проти», дійде висновку, що захист порушеного права людини неможливий без формулювання відповідного правоположення нормативного характеру. Іншими словами, коли аргументи на користь забезпечення прав людини виявляються вагомішими за аргументи дотримання принципу поділу влади в конкретній ситуації. Саме права людини і є тим базовим критерієм-орієнтиром, який визначає допустимі межі судової правотворчості [91, с. 28].

Показово, пише М.Козюбра, що навіть Г. Кельзен, засновник нормативістської теорії права, яку традиційно відносять до юридичного позитивізму, фактично не заперечував участі суду у правотворенні. Водночас він наполягав на тому, що «судове рішення є продовженням, а не початком створення права», що органічно впливає з його концепції ієрархії норм, так званої «драбини норм», на найнижчому щаблі якої розміщується «індивідуальна норма», сформульована судом для врегулювання конкретної правової ситуації [55, с. 40].

Цікаво, у правових системах країн Центральної Європи, дискусія навколо судової правотворчості набула особливої актуальності в контексті

посткомуністичних трансформацій. Одні прихильники цієї концепції обстоюють її сумісність із класичною теорією поділу влади, інші наполягають на законодавчому наділенні судів власними правотворчими повноваженнями як інструменті якіснішого врегулювання суспільних відносин. При цьому, переважна більшість авторів, які дотримуються розширювального підходу до функцій судової влади, пов'язують судову правотворчість виключно з компетенцією вищих судових інстанцій, конституційних і верховних судів, що здійснюють конституційний контроль та узагальнення судової практики. Водночас окремі дослідники визнають правотворчий потенціал за всіма судовими органами незалежно від їхнього рівня та інстанційного розташування [91, с. 30].

Судова правотворчість, на думку Г.Тимченко та Ю.Рябченко, не є відокремленою процесуально-правовою категорією, що спирається виключно на професійну компетентність суддів, їхній практичний досвід та внутрішнє переконання у правильності ухвалених рішень. За своєю природою вона є процесуальною необхідністю, яка зобов'язує суддів урегульовувати правові спори навіть у ситуаціях, коли відповідні норми права або відсутні взагалі, або їх застосування є проблематичним внаслідок неузгодженості з фактичними обставинами конкретної справи. Водночас така правотворчість не може мати безмежного характеру, вона завжди обмежена принципами верховенства права, поділу влади та змістовно-правовою матерією відповідної галузі законодавства [117, с. 158].

Досвід країн Центральної Європи переконливо підтверджує, що саме чітке визначення меж судової правотворчості є запорукою її легітимності та суспільного сприйняття. Зокрема, у Польщі та Чехії конституційні суди виробили усталену практику, за якою правотворча функція суду реалізується лише в межах, необхідних для захисту основоположних прав особи, не підмінюючи волю законодавця [157, с. 91-92].

Наведені приклади, безперечно, не вичерпують усього розмаїття наукових позицій і практичних підходів до розуміння судової правотворчості в державах Центральної Європи. Доктринальна дискусія з цих питань залишається

відкритою, а кількість аргументів «за» і «проти» визнання судової правотворчості повноцінним джерелом права невпинно зростає разом із динамікою суспільного розвитку та ускладненням правових відносин, які суди покликані врегульовувати.

Проте, на наш погляд, подальше накопичення ілюстративного матеріалу без його систематизації та узагальнення було б методологічно невиправданим. Завдання нашого дисертаційного дослідження полягає не в простому переліку позицій і прикладів, а у виявленні глибинних закономірностей, що лежать в основі еволюції ролі судової практики в правових системах досліджуваних держав. З огляду на це видається доцільним перейти до формулювання проміжних висновків, які б частково узагальнили результати проведеного вище аналізу.

По-перше, попри широке використання поняття «судова практика» як у вітчизняній, так і в зарубіжній юридичній науці, єдиного та загальновизнаного розуміння його змісту, форм вираження та правової природи досі не вироблено. Як нам вбачається, ця термінологічна невизначеність є не випадковою, а зумовленою об'єктивною складністю та багатоплановістю самого явища. Водночас потреби правової теорії та юридичної практики неухильно вимагають формування цілісного наукового уявлення про цей феномен.

По-друге, аналіз концепцій судової правотворчості засвідчує, що вона є різновидом правотворчої діяльності, якому притаманні всі сутнісні ознаки останньої, однак зі специфічними особливостями: суб'єктом є судовий орган, правотворчість є для нього додатковою функцією, а її здійснення потребує або законодавчого санкціонування, або мовчазного визнання з боку представницьких органів влади. При цьому межа між судовим тлумаченням і правотворчістю є надзвичайно тонкою і рухливою, а визначальним принципом судової правотворчості має залишатися самообмеження – правотворча функція суду може реалізовуватися лише тоді і тією мірою, коли захист прав людини неможливий без формулювання нового правоположення нормативного характеру. Досвід окремих країн Центральної Європи підтверджує, що саме таке

розуміння меж судової правотворчості забезпечує її легітимність і суспільне сприйняття.

По-третє, континентальне право, в межах якого функціонує судова система більшості країн Центральної Європи, дедалі частіше стикається з об'єктивною неможливістю своєчасно врегульовувати нові суспільні відносини виключно шляхом законотворчості. Стрімкий розвиток технологій, економічних відносин і соціальної реальності неминуче породжує законодавчі прогалини та «виключні правові проблеми», подолання яких стає можливим лише через механізм судової правотворчості. Саме тому, цілком вірним є твердження про те, що визнання судової правотворчості органічним елементом динамічної правової системи, а не відхиленням від континентальної традиції, є запорукою ефективного правосуддя та реального утвердження верховенства права.

Викладені вище теоретичні засади розуміння судової правотворчості та її місця в правових системах країн Центральної Європи створюють необхідне підґрунтя для переходу до більш конкретного аналізу форм її зовнішнього вираження. Адже судова правотворчість як явище не існує у правовому вакуумі – вона завжди знаходить своє втілення у певних правових формах, серед яких центральне місце посідають судовий прецедент і судова практика. Саме ці категорії є тими інструментами, через які правотворча діяльність суду набуває нормативного значення та регулятивного впливу на суспільні відносини.

Між тим, незважаючи на те що поняття «судовий прецедент» і «судова практика» нерідко вживаються як синонімічні або взаємозамінні, вони позначають якісно різні явища правової дійсності. Розмежування цих понять є принципово важливим як з теоретичної, так і з практичної точки зору, оскільки від його правильного розуміння безпосередньо залежить вирішення питання про визнання їх джерелами права в правових системах країн Центральної Європи.

Зробимо невелике уточнення. Слід погодитися з думкою Є.Смичка, який зазначає, що говорячи про правові категорії, методологічно коректнішим є проведення саме співвідношення, а не відмежування відповідних понять, що пояснюється таким. За академічним тлумачним словником української мови, відзначає дослідник, «співвідношення» означає взаємне відношення, взаємний

зв'язок і взаємну залежність різних величин, предметів або явищ, тоді як «відмежування» передбачає лише відділення одного явища чи поняття від інших. Правові категорії, що розглядаються у цьому дослідженні, не існують ізольовано одна від одної, а перебувають у складній системі взаємозв'язків. Кожна з них наділена комплексом характерних ознак, що уможлиблюють їх розмежування. Однак відмежування, зосереджуючись виключно на відмінностях, залишає поза увагою те спільне та взаємозумовлене, що об'єднує ці поняття. Співвідношення ж, включаючи в себе відмежування як складову, водночас спрямоване на виявлення взаємних зв'язків і залежностей. З огляду на це для забезпечення повноти та всебічності наукового аналізу доцільно здійснювати саме співвідношення досліджуваних понять [113, с. 158].

Отже, наступним логічним кроком нашого дисертаційного дослідження є розгляд категорій судового прецеденту та судової практики в правових системах держав Центральної Європи. Правовий аналіз підходів до цих питань дозволить не лише виявити спільні закономірності та відмінності у розумінні зазначених категорій, а й окреслити перспективи їх рецепції в українському праві в контексті євроінтеграційних прагнень нашої держави.

Ототожнення судового прецеденту із судовою практикою як узагальненим результатом розгляду певної категорії справ є методологічно неприпустимим, у своєму дисертаційному дослідженні стверджує Т.Анакіна. На думку вченої, термінологічне розмежування цих понять потребує не лише застосування логічних правил диференціації, а й урахування специфіки відповідних правових об'єктів та їхньої функціональної ролі в механізмі правового регулювання [2].

У сучасній правничій науці тривають активні дискусії щодо доцільності визнання судових рішень прецедентами. Так, зокрема, прихильники обмежувального підходу наполягають на тому, що компетенція суду має зводитися виключно до тлумачення норм права без наділення його нормотворчими повноваженнями. Натомість прихильники розширювального підходу стверджують, що ряд країн Європи поступово рухаються у напрямі прецедентної системи, а судові прецеденти відіграють ключову роль у правовому регулюванні, забезпечуючи конкретизацію законодавства та

усунення прогалин у праві. Окремі дослідники, не заперечуючи доцільності прецедентної системи як такої, висловлюють серйозні застереження щодо готовності всіх країн Європи до її запровадження: на їхню думку, це потребує належного рівня суспільної довіри до судової влади. Так, зокрема, в Україні недосконалість судової системи, відсутність прозорих механізмів добору суддів, а також проблеми із суддівською відповідальністю та безсторонністю є чинниками, які суттєво ускладнюють ефективне функціонування прецедентного права в українських реаліях [90].

Про «суспільну довіру до судової влади» пише й В.Власенко. Так, вчений стверджує, для з'ясування ролі судового прецеденту в системі джерел права принципово важливим є врахування рівня суспільної довіри до суду та судової системи загалом. Показовим у цьому відношенні є досвід англосаксонської правової сім'ї, де судовий прецедент історично склався як основне джерело права, що стало можливим саме завдяки усталеній традиції суспільної довіри до правосуддя. Цей взаємозв'язок є не випадковим: легітимність прецедентного права безпосередньо залежить від того, наскільки суспільство сприймає судову владу як незалежний і авторитетний інститут [17, с. 29].

У сучасній правовій доктрині, відзначає цитований нами вище дослідник, відсутній єдиний підхід до визначення поняття судової практики – залежно від обраного методологічного кута зору воно може тлумачитися як у широкому, так і у вузькому значенні. При цьому, широке розуміння охоплює сукупність усіх форм діяльності органів судової влади, що знаходять своє вираження у відповідних юридичних актах. Вузьке значення зосереджується на виробленні судами правоположень прецедентного характеру, придатних для застосування при вирішенні подібних справ у майбутньому [17, с. 28]. В свою чергу С.Погребняк, репрезентуючи широкий підхід, визначає судову практику як особливий різновид юридичної практики, що включає правозастосовну, інтерпретаційну та правотворчу діяльність судів і знаходить втілення у різних видах юридичних актів [92, с. 93], а М.Савенко, навпаки, обстоює вузьке розуміння, трактуючи судову практику як матеріалізовані результати судового розгляду, сформульовані у вигляді правових положень, що відображають єдино

правильний підхід до вирішення спірного питання і є надійним орієнтиром для однакового застосування права в аналогічних ситуаціях [105, с. 51].

Для з'ясування теоретичних аспектів співвідношення судового прецеденту та судової практики у правовій системі, на думку В.Власенко, доцільно виокремити їхні ключові взаємозв'язки. По-перше, стверджує вчений, судова практика є інструментом виявлення прогалин у чинному законодавстві і в такий спосіб створює підґрунтя для формування судових прецедентів. По-друге, прецеденти є невід'ємним елементом судової практики та безпосередньо спрямовані на подолання законодавчих прогалин і колізій. І, нарешті, по-третє, саме прецеденти визначають вектори подальшого розвитку судової практики, задаючи орієнтири для вирішення аналогічних справ. З огляду на це судовий прецедент, відзначає дослідник, слід розглядати як різновид правових позицій, вироблених у результаті судової практики, та одну з її конкретних форм, спрямованих на усунення юридичних колізій у правовому регулюванні. Відповідно, співвідношення понять «судова практика» та «судовий прецедент» може бути охарактеризоване як співвідношення загального та конкретного: судова практика утворює широкий контекст, у межах якого формується і функціонує судовий прецедент як її окремий, нормативно значущий прояв [17, с. 29].

В контексті вищенаведеного, варто навести підхід провідних вчених-компаративістів К.Цвайгерта та Х.Кетца. На думку дослідників, питання юридичної сили прецеденту як джерела права традиційно привертає значну увагу як вітчизняної, так і зарубіжної юридичної науки. Правовий прецедент залишається одним із найбільш дискусійних понять у правовій науці, щодо правової природи якого висловлюються діаметрально протилежні позиції. У романо-германській правовій сім'ї, відзначають дослідники, саме явище прецеденту є багатозначним і суттєво відрізняється від судового прецеденту в системі загального права. Проголошуючи спадкоємність традицій римського права, правові системи романо-германської сім'ї водночас відмовилися від «активної казуїстики» та закріпили верховенство закону, що зумовлює пріоритет нормативно-правового акта над усіма іншими джерелами права. Водночас статус

судового прецеденту в системі романо-германського права залишається внутрішньо суперечливим: в одних країнах цієї правової сім'ї він визнається джерелом права, в інших – ні, що свідчить про відсутність єдиного підходу до вирішення цього питання [179, с. 93-95].

Судовий прецедент як результат вирішення конкретного спору, зазначає О.Дашковська, не може ототожнюватися із судовою практикою як узагальненою сукупністю судових рішень у справах певної категорії. Прецедентне право є комплексним явищем, що охоплює одночасно: сукупність юридичних норм, закріплених у судових прецедентах; правові ідеї та принципи, якими судді керуються при формулюванні нових норм; правила застосування прецедентів (доктрину прецеденту); а також особливий стиль юридичного мислення. Таке розуміння відображає специфіку суду як суб'єкта правотворчості, який реалізує цю функцію безпосередньо в процесі розгляду справ і в нерозривному зв'язку із застосуванням сформульованих ним норм до конкретних правовідносин [23, с. 35].

Ототожнення судового прецеденту із судовою практикою, вважає Н.Гураленко, є методологічно неприпустимим, оскільки їхнє розмежування потребує не лише застосування логічних правил диференціації, а й урахування специфіки відповідних правових об'єктів. У континентальній правовій системі судовий прецедент співіснує з іншими джерелами права, тоді як вплив суду на формування права знаходить своє вираження передусім через теорію судової практики. Усталена судова практика визнається джерелом права в Центральній Європі (*країнах романо-германської правової сім'ї – Т.К.*). На відміну від судового прецеденту, зовнішньою формою закріплення якого є конкретне судове рішення, судова практика не може бути сформована на підставі одного рішення і не має аналогічної форми зовнішнього вираження. Її правоположення набувають нормативного значення лише за умови повторюваності, тобто тоді, коли вироблене правило слугує юридичною основою для вирішення цілої низки аналогічних справ. Саме така поступовість формування судової практики забезпечує легітимність правил поведінки, що виникають у результаті її розвитку [22, с. 65].

За твердженням О.Кізлової, непоодинокими є випадки ототожнення судового прецеденту зі звичайним судовим рішенням, що є методологічно хибним підходом. Водночас, стверджує вчена, і в самій теорії права відсутня єдина позиція щодо змісту цього поняття. Вбачається, що уніфіковане розуміння прецеденту, однакове для всіх правових систем, є апіорі недосяжним. Правові системи різних країн, об'єднані спільними ознаками в певний тип, водночас зберігають свої національні особливості, зумовлені історичним розвитком, правовими традиціями, культурним рівнем суспільства та рівнем правового мислення. Саме тому розуміння судового прецеденту в кожній правовій системі є відображенням її унікального правового досвіду, а не універсальної правової конструкції [43, с. 359].

В свою чергу, на думку А.Дрішлюка, у термінологічному відношенні поняття «прецедент» вживається переважно стосовно країн загального права, тоді як поняття «судова практика» є характерним для романо-германської правової сім'ї. Однак змістовне наповнення, яке доктрина континентального права вкладає в поняття «судова практика», докорінно відрізняється від поняття судового прецеденту в англосаксонській правовій традиції. Така відмінність зумовлена тим, що ці юридичні явища виникли і розвивалися в принципово різних історико-правових умовах, що й визначило їхню несхожу правову природу та функціональне призначення [26, с. 73].

У правових системах країн Центральної Європи судовий прецедент також формально не визнається основним джерелом права, однак фактично існує у вигляді прецеденту-тлумачення. Рішення конституційних і верховних судів цих держав, розвиваючи та деталізуючи положення законодавчих актів, розкриваючи суперечливий зміст правових норм і формуючи єдині підходи до їх застосування, набули *de facto* прецедентного значення. Власне саме такий підхід дозволив центральноєвропейським правовим системам поєднати вірність континентальній традиції верховенства закону з практичною гнучкістю, необхідною для ефективного врегулювання суспільних відносин в умовах динамічного розвитку. Для України, правова система якої належить до тієї самої романо-германської сім'ї, цей досвід є особливо релевантним орієнтиром на

шляху до визнання прецеденту-тлумачення повноцінним елементом системи джерел права [17, с. 30-31].

Поряд із поняттям «судовий прецедент» у доктрині загального права функціонує поняття «провідні судові рішення», яке в сучасних правових системах загального права позначає прецеденти, що закріплюють новий важливий правовий принцип чи концепцію або суттєво впливають на тлумачення чинного права [64, с. 43]. У науковому обігу для позначення таких судових рішень, пише Я.Берназюк, іноді вживається поняття «судова доктрина» [7, с. 405]. Цитований вчений посилається, наприклад на твердження Є.Смичка, на думку якого, судова доктрина уособлює стабільність правозастосовної діяльності суду, органічно поєднуючи її з динамікою розвитку відповідних правовідносин. Її особливість полягає в тому, що вона не лише тлумачить чинну норму права, а й здатна запропонувати новий підхід до врегулювання як конкретного казусу, так і аналогічних ситуацій, що можуть виникнути в майбутньому [113, с. 160].

Наведена позиція вчених, на наш погляд, заслуговує на особливу увагу в контексті правових систем країн Центральної Європи, де судова доктрина відіграє дедалі помітнішу роль у подоланні розриву між статичністю законодавчого тексту та динамікою суспільних відносин. Показово, що саме завдяки судовій доктрині конституційні та верховні суди, зокрема, Польщі, Чехії, Словаччини та Угорщини змогли сформувати усталені підходи до вирішення типових правових ситуацій, не вдаючись до формального визнання судового прецеденту джерелом права. Таким чином, судова доктрина фактично виконує функцію «м'якого» прецеденту в континентальних правових системах – забезпечує передбачуваність і послідовність правосуддя, зберігаючи при цьому зовнішню відповідність традиційній доктрині верховенства закону.

Відзначимо, кожна правова система центральноєвропейських держав-членів Європейського Союзу виробила власне бачення природи судового прецеденту та судової практики, сформоване під впливом унікального поєднання історичних, національних і державно-правових чинників. Попри цю різноманітність, роль прецеденту як джерела права в цих країнах об'єднує

спільна риса: він наділений переважно переконливою, а не імперативно обов'язковою силою. Водночас у правовому просторі ЄС відбуваються взаємообернені процеси: якщо в країнах загального права закон дедалі більше утверджується як основне джерело права, то в державах романо-германської традиції неухильно зростає роль судових органів у правовому регулюванні. В той же час, поступова конвергенція цих двох правових систем супроводжується підвищенням значення судового прецеденту в переважній більшості центральноєвропейських держав-членів ЄС, що зумовлено спільністю їхніх історичних коренів, які сягають римського права та загальноєвропейської правової традиції. Особливо відчутним чинником розвитку прецедентного права в державах романо-германської правової сім'ї є євроінтеграційні процеси, а практика Суду справедливості ЄС безпосередньо й суттєво позначається на діяльності національних судів держав-членів [76, с. 180].

Отже, робить висновок О.Дашковська, судові прецеденти та судова практика забезпечують не лише індивідуально-правове, а й нормативно-правове регулювання суспільних відносин. За твердженням дослідниці, функція судової влади не зводиться до механічного вирішення правових конфліктів, вона передбачає також захист тих прав людини, які не отримали позитивного законодавчого закріплення, та врегулювання правовідносин, які законодавець об'єктивно не міг передбачити. Це неминуче породжує потребу у формулюванні судом нормативних приписів – загальнообов'язкових правил поведінки, що застосовуються при вирішенні всіх аналогічних справ і забезпечуються авторитетом держави. Саме в цьому й полягає глибинна правотворча роль суду, яка поступово отримує визнання як у країнах загального, так і континентального права, зокрема в державах Центральної Європи [23, с. 41].

В свою чергу, В.Власенко в своєму науковому дослідженні підсумовує, судовий прецедент є різновидом правових позицій, вироблених у результаті судової практики, та однією з її конкретних форм, безпосередньо спрямованих на подолання юридичних колізій і прогалин у законодавчому регулюванні. З огляду на, стверджує дослідник, це співвідношення понять «судова практика» та «судовий прецедент» слід розглядати як співвідношення загального та

конкретного: судова практика утворює широкий нормативний контекст, у межах якого формується і функціонує прецедент як її окремий, нормативно значущий прояв. Для правильного визначення ролі судового прецеденту в системі джерел права принципово важливим є врахування рівня суспільної довіри до суду та судової системи загалом. В той же час, показовим у цьому відношенні є досвід англосаксонської правової сім'ї, де судовий прецедент історично утвердився як основне джерело права саме завдяки усталеній традиції суспільної довіри до правосуддя – традиції, формування якої тривало століттями і яка стала необхідною передумовою функціонування прецедентної системи [17, с. 29].

В рамках основного завдання дослідження даного структурного підрозділу нашого дисертаційного дослідження, варто уваги твердження вже цитованого нами Є.Смичка. На думку вченого, у правовій доктрині поряд із поняттями «судовий прецедент» та «судова практика» вживається також поняття «квазі-прецедент», яке досі не отримало однозначного наукового визначення та усталеного місця в системі правових категорій. Як вбачається автору, дискусійним залишається і саме питання про доцільність виокремлення квазі-прецеденту як самостійної правової категорії [113, с. 159].

Єдиного наукового підходу щодо доцільності виокремлення квазі-прецеденту як самостійної правової категорії в доктрині, зазначає Є.Смичок, не сформовано. Окремі дослідники відносять до так званих квазі-прецедентів рішення конституційних судів про визнання нормативно-правових актів неконституційними та рішення з офіційного тлумачення, а також рішення судів загальної юрисдикції про скасування нормативно-правових актів унаслідок їх невідповідності законодавству. Звернення до академічного тлумачного словника української мови дозволяє розкрити семантику цього поняття: префікс «квазі» означає «несправжній, уявний», а «прецедент» у правовому значенні – рішення суду у певній справі, яке слугує взірцем для вирішення аналогічних справ у майбутньому. З цього, на думку дослідника, випливає, що квазі-прецедент є несправжнім або уявним судовим рішенням, що саме по собі викликає серйозні методологічні застереження щодо обґрунтованості існування цієї категорії. Навіть якщо допустити її перебування в науковому обігу, принципова

відмінність між квазі-прецедентом і судовою доктриною полягає в тому, що остання не зводиться до формального судового рішення, а відображає його змістовне ядро – правові ідеї та концепції, сформовані на основі професійного досвіду і правосвідомості судді. У судовій доктрині сутність завжди має перевагу над формою [113, с. 159].

Я.Берназюк, вивчаючи природу судового прецеденту у правовій системі України зазначає, що *судову практику (курсиві наш – Т.К.)* можна визначити як сукупність правових висновків Верховного Суду щодо застосування певної норми права у конкретних правовідносинах, що вирізняється відносною стабільністю та внутрішньою узгодженістю. При цьому, на думку вченого, поняття «правова позиція» у буквальному розумінні охоплює лише висновки Великої Палати Верховного Суду з питань юрисдикції спору у подібних правовідносинах, тобто є окремим різновидом правового висновку, а не тотожним йому поняттям [7, с. 407].

Цей же ш дослідник робить висновок про те, що *судовий прецедент (курсиві наш – Т.К.)*, у свою чергу, є правовим висновком, сформульованим у рішеннях судів касаційної інстанції під час розгляду конкретної справи, щодо способу застосування норми права. Він забезпечує єдність підходів до тлумачення відповідної норми, подолання колізій та заповнення прогалин у законодавчому регулюванні й є обов'язковим для застосування судами при вирішенні спорів у схожих правовідносинах. Отже, судовий прецедент є фактичним джерелом суддівської правотворчості, однак у процесі такої правотворчості не створюється нова норма права, натомість визначається обов'язковий спосіб її застосування та формується єдиний підхід до врегулювання законодавчих суперечностей і прогалин. Певним винятком є правові висновки, вироблені в процесі застосування аналогії закону та аналогії права для врегулювання законодавчих прогалин у сфері суспільно-управлінських правовідносин [7, с. 407].

Цей же вчений (з посиланням на О.Кібенко) наводить приклад практичного розмежування судового прецеденту та судової доктрини Італії [42]. Так, зокрема, при Верховному Суді цієї держави функціонує спеціальний офіс,

що виокремлює правові позиції з судових рішень, так звані *massime*. За своїм змістом вони наближаються до законодавчих положень, оскільки містять узагальнені висновки, що мають застосовуватися без прив'язки до конкретних фактичних обставин справи. Водночас пряма обов'язковість *massime* для суддів відсутня, існує лише ризик скасування судового рішення у разі його невідповідності практиці Верховного Суду. Виняток становлять так звані *giurisprudenza consolidata*, усталена та послідовно підтверджена судова практика, яка фактично застосовується судами як обов'язковий орієнтир [7, с. 408].

На наш погляд, цей приклад переконливо ілюструє, що навіть у межах романо-германської правової традиції можливе формування гнучких механізмів, які забезпечують єдність судової практики без формального запровадження обов'язкового прецеденту, що є особливо релевантним для розуміння шляхів розвитку судової системи країн Центральної Європи.

Поряд із поняттям «судовий прецедент» у правовій доктрині функціонує також категорія «судова практика», відзначає Н.Саветчук [[04, с. 3]. Як зазначає вчена з посиланням на А.Дрішлюк [26], у термінологічному відношенні поняття «прецедент» вживається переважно стосовно країн загального права, тоді як «судова практика» є характерним поняттям для романо-германської правової сім'ї. При цьому змістовне наповнення, яке континентальна доктрина вкладає в поняття «судова практика», принципово відрізняється від поняття «судовий прецедент» в англосаксонській правовій традиції, що пояснюється різними умовами їхнього історико-правового становлення та розвитку. Така позиція видається цілком обґрунтованою, адже судова практика і судовий прецедент є самостійними правовими категоріями, вживання яких як взаємозамінних синонімів є методологічно неприпустимим. Тут же Н.Саветчук з посиланням на Н.Ніколенко, зазначає, судова практика відображає сформовані судами загальні положення у вигляді правил, принципів, настанов і дефініцій, що мають певний ступінь обов'язковості, та охоплює діяльність усіх судів, а не лише вищих інстанцій [79, с. 13]. Суттєвою відмінністю є й те, що судова практика, на відміну від судового прецеденту, не може бути сформована на підставі єдиного судового

рішення. Якщо зовнішньою формою закріплення судового прецеденту є конкретне судове рішення, на яке можна безпосередньо посилалися, то судова практика позбавлена такої визначеної форми зовнішнього вираження [120, с. 61].

Підбиваючи підсумки аналізу наукових підходів до співвідношення понять «судовий прецедент» та «судова практика», доцільно сформулювати проміжні висновки, що відображають основні результати частини дослідження цього підрозділу.

По-перше, поняття «судовий прецедент» і «судова практика» є самостійними правовими категоріями, які не можуть використовуватися як взаємозамінні синоніми. Їхнє співвідношення слід розглядати як співвідношення загального та конкретного: судова практика є ширшою категорією, що охоплює сукупність усієї правозастосовної, інтерпретаційної та правотворчої діяльності судів, тоді як судовий прецедент є її конкретним, нормативно значущим проявом – правовим висновком щодо способу застосування норми права, виробленим під час розгляду конкретної справи. При цьому, термінологічна різниця між цими поняттями відображає також їхню різну правову природу та функціональне призначення в системах загального і континентального права, що зумовлено різними умовами їхнього історико-правового становлення та розвитку.

По-друге, у правових системах країн Центральної Європи судовий прецедент формально не визнається основним джерелом права, однак фактично існує у вигляді прецеденту-тлумачення. Рішення конституційних і верховних судів цих держав, формуючи єдині підходи до тлумачення правових норм і усуваючи законодавчі прогалини, набули *de facto* прецедентного значення. Поряд із цим дедалі більшу роль у правових системах Центральної Європи відіграє судова доктрина, яка фактично виконує функцію «м'якого» прецеденту – забезпечує передбачуваність і послідовність правосуддя без формального відступу від континентальної традиції верховенства закону.

По-третє, у правовому просторі країн Центральної Європи, членів ЄС, спостерігається поступова конвергенція систем загального і континентального права, що супроводжується підвищенням значення судового прецеденту в державах романо-германської сім'ї під впливом практики Суду справедливості

ЄС. Роль прецеденту в цих країнах об'єднує спільна риса: він наділений переважно переконливою, а не абсолютно обов'язковою силою, а його легітимність безпосередньо залежить від рівня суспільної довіри до судової влади.

По-четверте, порівняльний аналіз виявив, що розуміння судового прецеденту не може бути уніфікованим та однаковим для всіх правових систем, оскільки кожна з них відображає унікальний правовий досвід, зумовлений історичним розвитком, національними традиціями та рівнем правового мислення. Водночас загальна тенденція до зростання ролі судових органів у правовому регулюванні є універсальною для більшості сучасних правових систем, що свідчить про об'єктивний характер еволюції уявлень про джерела права та функції судової влади.

2.2. Судова влада в механізмі державної влади та концептуальні засади праворозуміння як чинники формування судової практики

Концепція поділу державної влади та механізм стримувань і противаг були сформовані ще в епоху Просвітництва як інструмент запобігання узурпації влади та гарантування прав і свобод особи. Проте реальне функціонування цього механізму в країнах романо-германської правової сім'ї суттєво відрізняється від класичних англо-американських моделей. Відзначимо, центральноевропейські правові системи тривалий час перебували під домінуючим впливом доктрини верховенства закону, що зумовлювало формальне заперечення правотворчої функції судів і зведення їх ролі до механічного застосування норм позитивного права. Відповідно, питання про реальне місце судової влади в системі стримувань і противаг у цих країнах залишалося недостатньо розробленим як на теоретичному, так і на нормативно-правовому рівні.

Формування правової держави та розвиток громадянського суспільства безпосередньо залежать від здатності забезпечити належне правове регулювання суспільних відносин та захист законних інтересів фізичних і юридичних осіб. Діяльність незалежної судової влади відіграє ключову роль у забезпеченні принципу верховенства права, а судові органи дедалі частіше розглядаються як

балансуючий елемент, що виконує стабілізуючу функцію стосовно законодавчої та виконавчої гілок влади [44, с. 92].

Кардинальні зміни, які відбулися після 1989-1991 років у результаті демократичних перетворень у ряді Європейських країн, не лише перетворили їх на конституційні демократії, а й фактично переосмислили саму природу судової влади. Конституційні суди цих держав набули широких повноважень конституційного контролю, а їхні рішення стали обов'язковими для всіх суб'єктів правовідносин. Паралельно практика судів загальної юрисдикції та адміністративних судів дедалі очевидніше демонструє правотворчий характер: заповнення прогалин у законодавстві, тлумачення норм з урахуванням принципів верховенства права та практики Суду ЄС і Європейського суду з прав людини [171, с. 31-32].

Показово, що саме через механізм стримувань і противаг судова влада набуває реальних важелів впливу на правотворчий процес: конституційні суди, анулюючи законодавчі акти, фактично формують нормативний зміст правової системи, а суди загальної юрисдикції, заповнюючи прогалини в законодавстві та тлумачачи норми з урахуванням конституційних принципів, породжують усталені правові позиції, що набувають *de facto* обов'язкового характеру. Відтак питання про місце судової влади в системі поділу влади та питання про нормативну природу судової практики виявляються нерозривно пов'язаними: визнання за судами функції реального стримування законодавця і виконавця неминуче передбачає визнання їхніх рішень самостійним регулятором суспільних відносин, тобто джерелом права [144, с. 55]. Саме тому комплексне дослідження цих двох аспектів у їх єдності становить як наукову необхідність цієї частини нашої роботи для розуміння сучасної правової системи держав Центральної Європи та місця в них судової практики як джерела права.

Отже, діяльність незалежної судової влади відіграє ключову роль у забезпеченні принципу верховенства права. Судові органи дедалі частіше розглядаються як балансуючий елемент, що виконує стабілізуючу функцію стосовно законодавчої та виконавчої гілок влади. Саме тому, зростання значення судової системи на сучасному етапі державотворення актуалізує необхідність

переосмислення комплексу питань, пов'язаних із здійсненням правосуддя [33, с. 27].

Дослідження судової практики як джерела права невід'ємно пов'язане з осмисленням ролі та місця судової влади у системі державного механізму. Адже саме суди, здійснюючи правосуддя, не лише застосовують норми права, а й формують правові позиції, які набувають значення для подальшого правозастосування. Відтак питання про юридичну природу судової практики та її вплив на розвиток правової системи безпосередньо корелює з проблематикою функціонування судової влади як самостійної гілки державної влади [44, с. 93].

Таким чином, дослідження судової практики як джерела права закономірно підводить нас до більш широкої проблематики – визначення місця та ролі судової влади в системі державного управління. Адже характер і значення судової практики безпосередньо залежать від того, яке місце посідає судова влада в конституційній архітектурі держави, якими повноваженнями вона наділена та наскільки реально забезпечена її незалежність від інших гілок влади.

Водночас осмислення функціонального призначення судової влади неможливе без звернення до фундаментальних засад організації державної влади, центральне місце серед яких належить принципу її поділу. Саме цей принцип визначає конституційно-правові межі діяльності кожної з гілок влади, механізми їх взаємодії та взаємного контролю. Відтак для повноцінного розуміння ролі судової влади та значення судової практики у правовій системі необхідно дослідити теоретичні засади концепції розподілу влад, її генезу та сучасне розуміння.

У зв'язку з цим доцільно розглянути доктринальні підходи до розуміння принципу поділу державної влади, його історичну еволюцію та особливості конституційного закріплення в сучасних демократичних державах, що дозволить сформулювати належне теоретичне підґрунтя для подальшого аналізу місця судової влади в механізмі стримувань і противаг.

З теоретичної точки зору, відзначає Д.Белов, інституційний аналіз процесів «конституційного транзиту» має охоплювати щонайменше два ключові напрями дослідження. При цьому, перший стосується механізму становлення та

формування інституційної системи держави, другий – змістовних характеристик, специфіки та результативності діяльності основних суб'єктів цієї системи у процесі суспільних перетворень в Україні. Зазначена проблематика є надзвичайно актуальною та потребує комплексного, системного дослідження із застосуванням синергетичного підходу та належного методологічного інструментарію. Йдеться, власне, про формування такої інституційної конституційної системи, яка за своїм функціональним призначенням була б спроможна забезпечувати впорядковану в часовому та просторовому вимірах, узгоджену та цілеспрямовану діяльність усіх підсистем суспільства. У межах цієї системи має відбуватися коригування та стабілізація поведінки учасників трансформаційних процесів, а також відповідна адаптація їхнього світогляду до нових суспільно-політичних реалій [10, с. 301].

Західні вчені у сфері політології та права сформували теоретичну модель реалізації принципу поділу влади, спрямовану на запобігання кризовим явищам у функціонуванні державного механізму. Зокрема, А. Шлезінгер обґрунтовував, що забезпечення рівноваги та балансу між гілками влади досягається завдяки механізму стримувань і противаг, доповненому впливом органу конституційної юрисдикції, який здійснює конституційний контроль та офіційне тлумачення Основного Закону. Саме ця система, на думку вченого, забезпечує ефективне функціонування державного апарату, побудованого на засадах розподілу владних повноважень. При цьому єдина за своєю природою державна влада підлягає функціональному розмежуванню з метою досягнення оптимальної результативності діяльності державного механізму, який водночас має сприйматися як цілісна система [173, с. 9].

Характерною ознакою сучасного етапу державотворення, відзначає О.Прієшкіна, є протиріччя між гілками державної влади, передусім у системі взаємовідносин Президента, парламенту та уряду. Така динаміка політичних процесів після ухвалення Конституції об'єктивно вимагає відповідного реагування [96, с. 178]. У зв'язку з цим представники наукової спільноти та політичні діячі різних ідеологічних орієнтацій сформували консенсус щодо необхідності трансформації та оптимізації моделі організації державної влади.

Зокрема, Ю.Шемшученко наголошує на безпосередньому взаємозв'язку проблем законодавчого регулювання з питаннями взаємодії владних інституцій, зазначаючи, що парламент має відігравати більш вагому роль у суспільному житті, зокрема формувати склад уряду та нести спільну з центральними органами виконавчої влади відповідальність за процеси державних перетворень [127].

Удосконалення механізму стримувань і противаг набуває особливої актуальності та практичної значущості. М.Оніщук обґрунтовує цю потребу незавершеністю політичних перетворень та недостатнім рівнем розвитку демократичних інститутів в Україні, відсутністю чіткого взаємозв'язку між інтересами громадян, нації та держави, з одного боку, і корпоративними цілями політичних партій – з іншого, а також обмеженим впливом інституцій громадянського суспільства на органи публічної влади [84].

Від моменту свого зародження державна влада та її функціональна реалізація стали потужним фактором забезпечення соціального порядку та поступального розвитку суспільства. В умовах традиційного (модерного) суспільства ефективна влада є безумовним носієм регулятивної функції, тоді як у постмодерному суспільстві вона відіграє визначальну роль у процесі вибору альтернативних політичних курсів та векторів суспільного розвитку. Здійснення державно-владної діяльності нерозривно пов'язане із соціальними умовами її функціонування, зокрема з необхідністю узгодження дій суб'єктів суспільного виробництва, а також забезпечення контролю за розподілом та використанням суспільних благ і цінностей [108, с. 4].

Здійснений Д.Пецою історико-правовий аналіз генезису системи стримувань і противаг дав підстави стверджувати, що: по-перше, людська спільнота із самого початку формування публічно-владних інституцій об'єктивно зумовлювала виникнення елементів обмеження влади. Це, за твердженням вченого, засвідчує, що механізм стримувань і противаг не є штучною теоретичною конструкцією, а становить органічне продовження соціальної сутності людини та її прагнення до справедливості у владних відносинах; по-друге, компоненти системи стримувань і противаг як сутнісна

складова державного механізму є похідними від рівня суспільного розвитку на кожному історичному етапі. Еволюція від елементарних форм обмеження влади у давньосхідних цивілізаціях через демократичні механізми античності та станово-представницькі інституції Середньовіччя до сучасної системи конституційних стримувань свідчить про пряму залежність між рівнем демократизації суспільства та складністю механізмів балансування влади; по-третє, об'єктивною потребою суспільства є наявність механізмів публічної влади, які забезпечували б соціальну стабільність державного устрою. Елементи стримувань і противаг створюють умови для взаємного контролю органів влади та запобігання концентрації владних повноважень, а також уможливають демократичне коригування компетенцій владних інституцій. В умовах сучасних глобалізаційних процесів ця система потребує постійного вдосконалення, зберігаючи свою роль гаранта демократичного розвитку та захисту прав людини [89, с. 96].

Принцип поділу влади, зазначає І.Сало, становить організаційно-правовий фундамент функціонування державної влади в сучасних демократичних країнах. Відповідно до цього принципу, державна влада структурується на основі розмежування законодавчої, виконавчої та судової гілок, кожна з яких є самостійною та незалежною. Водночас варто наголосити, що сучасні держави не лише забезпечують розмежування владних повноважень між гілками єдиної державної влади, а й приділяють суттєву увагу механізмам їх взаємодії. Ключовим інструментом практичної реалізації принципу поділу влади та забезпечення ефективної взаємодії між її гілками виступає система стримувань і противаг [103, с. 66].

Система стримувань і противаг є невід'ємною складовою концепції поділу державної влади як форми її організації. Сучасне розуміння принципу поділу влади та механізму стримувань і противаг визначає їх як базові елементи демократичного устрою та правової державності, що гарантують належний рівень політичних свобод і захист прав людини та громадянина. Рівень практичної реалізації цих принципів є індикатором зрілості демократичної

держави та належить до ключових цінностей демократичного врядування [81, с. 8].

Становлення сучасного механізму стримувань і противаг зумовлене насамперед розширенням функцій держави у сфері регулювання суспільних процесів, ефективне здійснення яких неможливе без постійної взаємодії між гілками державної влади. За твердженням В.Образцової, запровадження принципу поділу державної влади, доповненого системою стримувань і противаг, спрямоване на формування такого інституційного механізму, який забезпечував би узгоджене функціонування всіх органів єдиної державної влади. Окремі дослідники, відзначає вчена, вказують на дуалістичний характер системи стримувань і противаг: з одного боку, вона сприяє співпраці та взаємній адаптації органів влади, з іншого – створює передумови для виникнення конфліктів, які зазвичай розв'язуються шляхом переговорів, досягнення домовленостей та пошуку компромісних рішень [10, с. 108].

На наш погляд, дієвість механізму стримувань і противаг визначається не лише характером взаємодії між законодавчою та виконавчою гілками влади, а й тим, наскільки судова влада здатна виступати самостійним і рівноправним суб'єктом цього механізму. Саме судова влада покликана забезпечувати той інституційний баланс, який не може бути досягнутий виключно через міжпарламентські або міжурядові узгодження: вона діє як арбітр у конфліктах між гілками влади та як гарант дотримання конституційних меж їхньої компетенції. У цьому контексті ефективність системи стримувань і противаг безпосередньо залежить від реального, а не лише формально проголошеного статусу судової влади в конституційному устрої держави.

Незалежність судової влади на думку В. Коцкулич, належить до визначальних ознак правової державності та сформованого громадянського суспільства. Правове значення судочинства виявляється у перетворенні народного суверенітету на особливу категорію із загальнонаціональним змістом. Місце судової гілки влади в механізмі стримувань і противаг розкривається через призму її законодавчо визначених функцій та способів їх практичної реалізації,

першорядне місце серед яких посідають здійснення правосуддя та функція судового контролю [53, с. 390].

Автономність судової влади безпосередньо корелює з її незалежністю та самостійністю. Це, на думку О.Лемака, означає, що судові органи утворюють самодостатню систему установ, яка функціонує поза межами будь-яких інших державних структур. Проте таке відокремлення не означає ізолюваності судів від законодавчої та виконавчої влади. Їх взаємодія з іншими гілками державної влади здійснюється на підставі законодавчих норм, що забезпечують незалежність судової системи як організаційно самостійного інституту. Гарантіями незалежності суду також слугують загальнообов'язковий характер судових рішень та юридична відповідальність за їх невиконання [60, с. 78].

З позиції конституційного статусу судова влада характеризується специфічними рисами, що відрізняють її від інших гілок влади як за сутнісними, так і за функціональними параметрами. Зокрема, на відміну від законодавчої та виконавчої влади, судова влада не зосереджена в єдиному органі, а реалізується сукупністю судових установ різних рівнів – від місцевих до вищих (верховних), які функціонують як цілісна система органів правосуддя в Україні. Крім того, судова влада наділена функціями конституційного нагляду та судового контролю за дотриманням законності у діяльності інших гілок державної влади [69, с. 39]. Пори цьому, слушною є позиція М.Куцина, який зазначає, що визначальною ознакою влади загалом та судової влади зокрема є неухильна відповідність судових інституцій та судових процедур вимогам закону [59, с. 156]. Адже будь-яке порушення порядку визначення судді у справі або недотримання процесуальних норм під час її розгляду ставить під сумнів справедливість та безсторонність судового рішення, що негативно позначається на рівні суспільної довіри до судової гілки влади [69, с. 40].

Аналізуючи роль судової влади у її взаємовідносинах з іншими гілками та механізми її впливу на них, варто підтримати й позицію Ю.Ремескової, яка наголошує на необхідності врахування функціонального розподілу основних напрямів державної діяльності між вищими органами влади. Судова влада при цьому виконує роль своєрідного «балансир», що забезпечує рівновагу між

гілками влади та безперервне функціонування системи стримувань і противаг на засадах верховенства права. При цьому будь-яка форма взаємодії між гілками влади має здійснюватися з обов'язковим дотриманням принципу незалежності судів та суддів [99, с. 39].

Судова влада є невід'ємним елементом демократичної державності, що існує поряд із законодавчою та виконавчою гілками влади та організаційно відокремлена від них. Саме таке відокремлення свідчить про послідовне втілення принципу верховенства права з притаманними йому ідеями свободи та справедливості. Основне призначення судової влади полягає у захисті членів суспільства як від свавілля з боку інших приватних осіб, так і від неправомірних дій держави та її органів, без чого держава не може вважатися правовою у повному сенсі цього поняття. Вирішуючи на підставі права суспільні конфлікти та підпорядковуючи закону всіх суб'єктів суспільних відносин, судова влада виконує ключову роль у механізмі стримувань і противаг – здійснює правовий контроль над діяльністю законодавчої та виконавчої гілок влади. Ця роль набуває реальної ефективності лише тоді, коли судова влада наділена повноваженням оцінювати конституційність актів інших гілок влади та визнавати нечинними ті з них, що суперечать Основному Закону [97, с. 186].

На думку А.Хливнюк, судова влада являє собою самостійний і незалежний різновид державної влади, що утворюється у встановленому порядку та діє відповідно до демократичних засад, закріплених у конституції. Реалізація судової влади здійснюється через систему спеціально уповноважених державних органів – неупереджених і незалежних судів, компетенція яких охоплює вирішення правових питань, що виникають у процесі застосування норм права. Зазначені органи відправляють правосуддя у формах цивільного, господарського, адміністративного, кримінального та конституційного судочинства, забезпечуючи тим самим захист прав і свобод людини та громадянина [121, с. 48].

Судова влада посідає особливе місце у правовій державі, адже саме вона покликана протидіяти найбільш грубим порушенням свободи та особистої недоторканності людини і громадянина. Її роль у системі поділу державної влади

визначається конституційно закріпленими повноваженнями та соціальним призначенням. Головна функція судової влади у суспільстві полягає у захисті прав і свобод людини шляхом вирішення правових конфліктів та розгляду юридично значущих справ на підставі норм права. Визначаючи роль судової влади у взаємодії з іншими гілками влади, слід виходити з двох ключових положень. По-перше, судова влада має виконувати функцію гаранта інституційної рівноваги: забезпечувати безперервне функціонування механізму стримувань і противаг, дотримання принципу верховенства права, конституції та законодавства у діяльності органів державної влади. В окремих випадках судові органи виступають посередником між законодавчою і виконавчою гілками влади, сприяючи розв'язанню інституційних суперечностей між ними. По-друге, будь-яка взаємодія судової влади з іншими гілками влади має ґрунтуватися на конституційному принципі незалежності суддів, функціональний вимір якого передбачає самостійність органів судової влади у здійсненні покладених на них повноважень. У правовій державі будь-які спроби зовнішнього впливу на суд у процесі відправлення правосуддя є юридично неприпустимими та такими, що суперечать засадам конституційного ладу [115, с. 30-31].

Поширеним у сучасній конституційно-правовій науці є підхід, згідно з яким сутність і зміст судової влади розкриваються в контексті теорії та практики поділу державної влади на три самостійні гілки – законодавчу, виконавчу та судову, відзначає І.Лісна. Принцип поділу влади, за твердженням вченої, покладено в основу державного механізму переважної більшості сучасних держав, що зумовлює розгляд судової влади передусім як однієї з рівноправних гілок єдиної державної влади. При цьому особлива увага акцентується на місці судової влади в системі розподілу влад, а також на притаманних їй специфічних ознаках, що вирізняють її з-поміж інших гілок державної влади. У сучасній правовій доктрині судова влада визначається як самостійна й незалежна гілка державної влади, утворена з метою вирішення на підставі закону соціальних конфліктів між державою та громадянами, між самими громадянами, а також між юридичними особами [61, с. 3].

Судова влада, відповідно до принципу поділу державної влади, є однією з її рівноправних гілок, а отже, їй притаманні всі загальні характеристики та ознаки державної влади. Зокрема, судовій владі властиві верховенство і суверенність, повнота та неподільність, самостійність і формальна незалежність від будь-яких організацій чи приватних осіб. Крім того, вона здійснюється від імені держави її уповноваженими органами, поширюється на всіх членів суспільства без винятку та має у своєму розпорядженні необхідний інституційний механізм для виконання покладених на неї завдань і функцій. Судова влада являє собою відносно самостійну, легітимну, універсальну та легальну складову державної влади, наділену імперативними характеристиками і контрольними повноваженнями щодо інших гілок державної влади. Її призначення полягає у регулюванні визначеного кола суспільних відносин на підставі усталених доктринальних положень про правову державу та триєдину теорію державної влади – у встановлених формах і з застосуванням конкретно визначених методів, що ґрунтуються на змісті ознак єдності судової влади та специфіці відповідних правовідносин [101, с. 334].

Інституційна незалежність судової влади, зазначає В.Гордовенко, закріплена на міжнародному рівні насамперед статтею 1 Основних принципів незалежності судових органів, схвалених резолюціями Генеральної Асамблеї ООН № 40/32 та № 40/146 від 29 листопада і 13 грудня 1985 року відповідно. Відповідно до цього документа всі державні та інші установи зобов'язані визнавати й дотримуватися незалежності судових органів. Питання інституційної незалежності судової влади також знаходить відображення у міжнародних документах Консультативної ради європейських суддів (КРЕС). Зокрема, у Висновку КРЕС № 1 (2001) для Комітету Міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судової влади та незмінюваності суддів, підготовленому з урахуванням Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № (94)12 від 13 жовтня 1994 року, було розглянуто загальні інституційні засади та гарантії забезпечення незалежності судової влади. У висновку, пише дослідник, наголошується на необхідності незалежності судової влади як щодо законодавчої та виконавчої гілок влади і сторін конкретного спору, так і щодо

суспільства в цілому, а також на потребі повної неупередженості судді, невіддільної від суспільної довіри до судової влади. Забезпечення такої незалежності передбачає її конституційне або законодавче закріплення на найвищому рівні, призначення та кар'єрне просування суддів поза політичними міркуваннями – за рішенням незалежного органу на підставі об'єктивних критеріїв, наявність належних механізмів дисциплінарної відповідальності, гарантування незмінюваності суддів як невід'ємної складової їхньої незалежності, а також встановлення належного рівня суддівської винагороди безпосередньо законом із заборонаю її зменшення [19, с. 82-83].

В монографії В. Стефанюка «Судова система України та судова реформа», автор зосереджує увагу на проблемах формування незалежної судової влади та характері її взаємодії з іншими гілками державної влади. Принциповою є позиція вченого щодо неприпустимості ототожнення суду з правоохоронними органами або розгляду його як інструменту боротьби зі злочинністю. Аналізуючи принцип поділу державної влади, В. Стефанюк наголошує на особливій і унікальній ролі суду як носія судової влади – ролі, якою не наділений жоден інший суб'єкт у суспільстві та державі. На його думку, судову владу вирізняє юридична здатність впливати на рішення та дії законодавчої й виконавчої влади, забезпечуючи їх взаємне «урівноваження» в системі стримувань і противаг [[114]].

Не претендуючи на вичерпний аналіз усіх аспектів концепції поділу державної влади та механізму стримувань і противаг, що становлять самостійний і надзвичайно широкий предмет наукового дослідження, вважаємо за доцільне зосередитися на тих висновках, які безпосередньо стосуються предмета цієї роботи – місця судової влади в зазначеному механізмі та її ролі у формуванні судової практики як джерела права в державах Центральної Європи.

Судова влада в сучасних демократичних державах є не лише інструментом вирішення правових конфліктів, а й рівноправним і самостійним суб'єктом механізму стримувань і противаг, покликаним забезпечувати інституційний баланс між законодавчою та виконавчою гілками влади. Конституційне закріплення принципу поділу влади та гарантій незалежності судових органів є необхідною, але не достатньою умовою реального функціонування цього

механізму, вирішального значення набуває фактична спроможність судової влади здійснювати контроль за конституційністю актів інших гілок влади та виступати арбітром у міжінституційних конфліктах. Саме це визначає судову владу як центральний елемент сучасної конституційної архітектури правової держави.

Місце судової влади в механізмі стримувань і противаг безпосередньо зумовлює характер і обсяг її нормотворчого впливу. Конституційні суди, скасовуючи законодавчі акти або надаючи їм обов'язкове тлумачення, фактично здійснюють функцію негативного, а нерідко й позитивного законодавця, формуючи нормативний зміст правової системи. Суди загальної юрисдикції та адміністративні суди, у свою чергу, заповнюють прогалини в законодавстві та виробляють усталені правові позиції, що набувають загальнообов'язкового значення для подальшого правозастосування. Таким чином, реальне місце судової влади в конституційному устрої держави (*ступінь її незалежності, повнота повноважень і механізми виконання судових рішень – Т.К.*) є визначальним чинником того, чи набуває судова практика статусу самостійного джерела права, а не залишається лише формою конкретизації законодавчих норм.

Досвід держав Центральної Європи переконливо засвідчує, що трансформація судової влади від пасивного правозастосувача до активного учасника правотворчого процесу є закономірним наслідком конституційних реформ, спрямованих на утвердження верховенства права та зміцнення механізму стримувань і противаг. Водночас цей процес породжує нові теоретичні та практичні виклики, пов'язані з легітимністю судової правотворчості в умовах романо-германської правової традиції, яка формально не визнає прецеденту джерелом права.

Викладені висновки щодо місця судової влади в механізмі стримувань і противаг та її нормотворчої ролі закономірно підводять до питання, яке має визначальне методологічне значення для подальшого дослідження: як саме розуміється право в тих правових системах, де судова практика претендує на статус його самостійного джерела? Адже визнання або заперечення правотворчої

функції судів безпосередньо залежить від того, яка концепція праворозуміння покладена в основу конкретної правової системи – позитивістська, яка зводить право до сукупності норм, встановлених державою, чи природно-правова або інтегративна, яка допускає існування права поза межами його офіційного текстуального закріплення.

Саме тому наступним кроком дослідження є звернення до проблематики праворозуміння як методологічної основи визначення місця судової практики в системі джерел права.

Для глибшого осмислення досліджуваної нами проблематики, насамперед доцільно звернутися до теоретичного аналізу ключових категорій – «право» та «джерело права», а також з'ясувати їхню функціональну роль у процесі відправлення правосуддя. Варто зазначити, що в юридичній науці існує значна різноманітність підходів до тлумачення цих понять, що зумовлено як історичними особливостями розвитку правових систем, так і філософсько-світоглядними позиціями окремих наукових шкіл. Саме тому однозначне визначення співвідношення між теоретичними конструкціями та їхнім практичним застосуванням залишається предметом наукових дискусій. Крім того, належне розуміння природи джерел права має безпосереднє значення для правозастосовної діяльності судів, оскільки від цього залежить як вибір нормативної бази для вирішення конкретних справ, так і забезпечення єдності судової практики в цілому.

В умовах сучасних перетворень правової системи держави, що зумовлені новими геополітичними та соціально-економічними викликами, особливо актуальним постає осмислення категорії «праворозуміння», яка безпосередньо пов'язана з процесами правотворчості та правозастосування. Попри те, що юридична наука має багатовікову історію та усталені традиції, зазначена категорія є порівняно новою для наукового дискурсу. Це пояснюється тим, що системний аналіз різноманітних концепцій праворозуміння став можливим лише після відходу від догматичного панування єдиної доктрини формування права, що відкрило простір для плюралістичного підходу до осягнення правової реальності [147, с. 44].

Незалежно від конкретного підходу до визначення категорії «праворозуміння», всі наукові інтерпретації ґрунтуються на спільному положенні: це продукт свідомої розумової діяльності, що охоплює сукупність уявлень про право як суспільне явище, форми його вираження та змістовне наповнення. Зважаючи на сферу практичного втілення цих уявлень, праворозуміння можна розглядати як фундамент осягнення правової дійсності, який має водночас ретроспективну та прогностичну спрямованість. При цьому змістовий аспект пізнання включає не лише право як таке, а й суспільне ставлення до цього феномену, що формується під впливом конкретних соціально-історичних та політичних обставин [174, с. 78].

Відзначимо, проблема дефініції поняття «праворозуміння» залишається предметом наукових дебатів, адже єдиного усталеного підходу до його інтерпретації досі не вироблено. Так, за твердженням М.Кельмана, у широкому сенсі праворозуміння можна визначити як цілеспрямовану пізнавальну діяльність фахівців, орієнтовану на осягнення природи та змістового наповнення права, а також як систему правових знань, здобутих у результаті цього процесу [41, с. 52]. В свою чергу видатний український правознавець П.Рабінович критично оцінює спроби визначати праворозуміння виключно через категорію пізнання права. На його переконання, хоча ототожнення праворозуміння з пізнанням права видається логічним, воно є неповним: адже перед тим як приступити до дослідження правової дійсності, науковець має попередньо сформулювати власне уявлення про те, що саме становить феномен, який він позначає терміном «право». Саме ці вихідні знання, на думку вченого, і становлять сутнісне ядро праворозуміння [98, с. 6].

Розглянемо в загальних рисах окремі доктринальні підходи. Так, в першу чергу, нормативістська концепція праворозуміння, фундатором якої є Г.Кельзен та послідовником Г.Харт, ґрунтується на тому, що право ототожнюється з правилами поведінки, офіційно санкціонованими та ухваленими відповідно до визначеної державою процедури органами, легітимність яких походить безпосередньо від суспільства, а не від самої держави [143, с. 47].

Так, зокрема, за Г.Кельзенем, право становить собою систему норм, забезпечених державним примусом. Нормативізм як правова доктрина відкидає будь-який ідеологічний, психологічний, історичний чи соціальний вплив на правові норми, спираючись на розроблений Г.Кельзенем принцип «чистого вчення про право». Сутність цього принципу полягає в тому, що теорія має звільнитися від ідеологічних нашарувань і описувати право таким, яким воно об'єктивно є, уникаючи як його апології, так і критики. Щодо питання визнання судових актів джерелами права, Г.Кельзен виходив із засновку, що сам по собі акт владного веління ще не є правовою нормою. Нормою права виступає той зміст, який втілюється в цьому акті, та його значення для наступної правозастосовної практики [155, с. 67].

В свою чергу Г.Л.А.Харт трактує право як владне веління суверена або розпорядження підпорядкованої особи, якій суверен делегував відповідні повноваження. Веління підлеглого набуває статусу права лише за умови, що воно видане на виконання волі самого суверена. Отже, згідно з позицією Г.Л.А.Харта, право виникає та функціонує через акт волевиявлення уповноваженого суб'єкта, який породжує обов'язкові для виконання правила поведінки [150, с. 50]. Водночас, на наш погляд, концепція вченого суттєво відрізняється від класичного позитивізму Дж.Остіна¹, оскільки передбачає складнішу структуру правової системи. Г.Л.А.Харт розмежовує первинні норми, що безпосередньо регулюють поведінку суб'єктів, та вторинні норми, які визначають порядок створення, зміни та застосування первинних. Саме поєднання цих двох типів норм, на переконання вченого, становить сутнісну характеристику розвиненої правової системи та відрізняє її від примітивних форм соціального регулювання.

Альтернативна концепція праворозуміння, теорія природного права, бере свій початок із філософських учень Г.Гроція, Ш.-Л. де Монтеск'є, Т. Гоббса, А.Августина та Ф.Аквінського. Згідно з цією доктриною, правові норми існують об'єктивно, незалежно від їх формального закріплення через встановлену

¹ Класичний позитивізм пояснював обов'язковість позитивного права існуванням у переважній більшості членів суспільства звичаю коритися примусовим наказам певного суверена [Див. напр. 135].

державою процедуру та санкціонування уповноваженими органами влади. Така позиція передбачає визнання особливої ролі судових інституцій у процесі правоутворення, оскільки саме суди, здійснюючи правосуддя, формують правові норми на підставі напрацьованої судової практики. Природно-правова традиція виходить із того, що право має надпозитивний характер і черпає свою легітимність не з волі законодавця, а з універсальних принципів справедливості, розуму та людської природи. Це дозволяє суддям у процесі правозастосування звертатися до фундаментальних моральних цінностей та заповнювати прогалини в позитивному законодавстві, керуючись засадами розумності та справедливості [152, с. 51-58].

Розглянемо ідей лише окремих з наведених нами вчених. Так, зокрема, у розумінні Т. Гоббса категорія «природне право» охоплює свободу індивіда діяти на власний розсуд за відсутності зовнішніх обмежень для здійснення певних вчинків. За його визначенням, природне право являє собою свободу кожної людини застосовувати власні здібності та ресурси відповідно до свого волевиявлення з метою самозбереження, тобто захисту власного життя, а відтак – свободу вчиняти будь-які дії, які особа вважає найбільш доцільними для досягнення цієї мети. Водночас Т.Гоббс проводить принципове розмежування між правом та законом: право він тлумачить як свободу обирати той чи інший варіант поведінки, тоді як закон постає як необхідність та обов'язок діяти у визначений спосіб [153, с. 81].

В свою чергу, Ф. Аквінський формулює своє розуміння права, спираючись на аристотелівську концепцію справедливості. У його інтерпретації право невіддільне від категорії справедливості: те, що є справедливим, водночас становить і право. Згідно з ученням Аквінського, право не може зводитися до суб'єктивних властивостей особи чи оцінки окремих людських вчинків – воно має тяжіти до автономності та максимально можливої об'єктивності, існуючи незалежно від індивідуальних уподобань та обставин [134, с. 87].

Праворозуміння, за твердженням А.Скоробогатова, є філософсько-правовою категорією, що охоплює як процес інтелектуального пізнання права, із притаманними йому елементами сприйняття, оцінки та формування уявлень, так

і сукупність інтерпретованих правових явищ, що становлять результат такої пізнавальної діяльності. Залежно від глибини правової рефлексії у науковій літературі прийнято виокремлювати три рівні праворозуміння. Перший, звичайний, характеризується несистемним сприйняттям права як цілісного образу, що ототожнюється або із законом, або з покаранням. Другий, професійно-практичний, передбачає оцінку правової поведінки особи на предмет її відповідності офіційно встановленим правовим нормам з метою визначення ступеня правомірності такої поведінки. В свою чергу, третій, доктринальний, являє собою системне осмислення права як регулятора суспільних відносин, що має на меті прогнозування його розвитку та надання кваліфікованих оцінок як правозастосовної, так і правотворчої діяльності [109, с. 204].

С.Алаїс характеризує праворозуміння як наукову категорію, що відображає результат пізнання сутності права, розуміючи під такою сутністю внутрішню цілісність усіх його різноманітних якостей і властивостей; при цьому пізнання права, на думку вченого, означає оволодіння цими якостями та їх розкриття [1, с. 5]. О.Дунас, у свою чергу, також кваліфікує праворозуміння як наукову категорію, однак акцентує увагу на його процесуальному та результативному вимірах одночасно: йдеться про цілеспрямовану розумову діяльність людини з пізнання права, його сприйняття й оцінки, а також формування ставлення до нього як до цілісного соціального явища [28, с. 25]. В той же час, за твердженням А.Кучука, наведені визначення потребують певних уточнень. Сам термін «праворозуміння» не є загально визнаним і не має однозначного тлумачення в юридичній науці. У широкому сенсі праворозуміння тлумачиться як інтелектуальна діяльність фахово компетентних осіб, спрямована на досягнення сутності та змісту права, а також як сукупність правових знань, здобутих у результаті такої діяльності [58, с. 19].

Праворозуміння як наукова категорія, відзначає Л.Рябовол, являє собою систему науково обґрунтованих знань про право та розкриває не лише його юридичний, а й політичний, соціальний, економічний, моральний та інші змістові аспекти. Будучи багатоаспектним явищем, право формується,

утверджується та розвивається під впливом різноманітних чинників як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Оскільки праворозуміння відображає уявлення людей про право та їхнє ставлення до нього в суспільстві, воно саме по собі є динамічною категорією, що постійно зазнає змін. Це, у свою чергу, породжує нові теоретичні та практичні проблеми у правовій сфері, вирішення яких здійснюється через поглиблене дослідження самого феномену розуміння права [102, с. 17].

Як зазначає Т.Дудаш, дослідження праворозуміння традиційно ґрунтується на класичній раціоналістичній парадигмі пізнання, відповідно до якої право розглядається як об'єктивна реальність, що розвивається за певними закономірностями, доступними для пізнання за допомогою загальнонаукових логічних методів і процедур. Водночас ціннісний вимір праворозуміння зумовлює необхідність залучення ірраціональної методології до його вивчення. Найбільш перспективним інструментом у цьому контексті дослідниця вважає герменевтику – загальну теорію розуміння, яка висуває на перший план суб'єктивний, людський чинник. Герменевтичний підхід дозволяє досліджувати праворозуміння не ззовні, через суто раціоналістичні засоби логічного аналізу, а зсередини, з позиції людини як творчого та активного суб'єкта, неповторної індивідуальності [27, с. 132].

Праворозуміння є науковою категорією, нерозривно пов'язаною з науковим пізнанням та осмисленням права, яке необхідне кожній людині (громадянину, учаснику управлінських відносин) для захисту як приватних, так і публічних інтересів. При цьому, розуміння права відображає результат розумової діяльності людини, спрямованої на пізнання правової дійсності, її оцінювання та формування ставлення до права як до соціального явища і фундаментальної цінності сучасної цивілізації, що лежить в основі правосвідомості всіх учасників суспільних відносин. Рівень правової освіченості є надзвичайно важливим чинником, оскільки, зокрема, безпосередньо визначає цивілізаційний вектор розвитку тієї чи іншої держави. В той же час, праворозуміння формується під впливом широкого спектру чинників (цивілізаційних, міжнародних, національних, особистісних, культурних,

релігійних, ідеологічних, ментальних та інших), що унеможлиблює вироблення єдиної універсальної відповіді на питання про сутність права [119, с. 94].

Оскільки праворозуміння охоплює не лише знання про право, а й ціннісне ставлення до нього, у дослідженнях цієї проблематики активно застосовується аксіологічний підхід, який дозволяє розглядати право як цінність, досліджувати правові цінності та цінності, втілені у праві. Тобто, як зазначає Ю.Шемшученко, філософське вчення про цінності (аксіологія) трактує право як соціальну цінність і благо, покликане забезпечити реалізацію таких фундаментальних суспільних цінностей, як збереження суспільства та людського життя, шляхом визнання і захисту державою свободи, рівності, відповідальності та справедливості [125].

У науковій літературі праворозуміння здебільшого постає як категорія доктринальної правосвідомості, нерозривно пов'язана з науковим пізнанням права. Проте, наукове пізнання, попри його незаперечну роль у виявленні закономірностей функціонування та розвитку права, не є достатньою умовою для досягнення права як самобутнього феномену. Право не вкладається цілком у рамки наукової парадигми з притаманними їй вимогами об'єктивності, достовірності, верифікованості та відтворюваності результатів, оскільки воно укорінене не лише у знанні, а й у фундаментальних людських цінностях, справедливості, свободі, рівності, досягнення яких потребує виходу за межі суто раціоналістичного підходу [56, с. 19].

В юридичній енциклопедії стверджується, що праворозуміння – це усвідомлення правової дійсності через призму правових теорій, доктрин і концепцій. Праворозуміння є формою пізнання сутності та ролі права в регулюванні суспільних відносин. Воно засноване на науковому обґрунтуванні юридичних явищ, належній правовій культурі та правосвідомості громадян. Формуванню правосвідомості сприяють також різні види тлумачення права в тому числі конституційними судами. Праворозумінню, як складному явищу, властиві такі підходи до пізнання права: нормативний, генетичний, системний, соціологічний, функціональний, аксіологічний, психологічний тощо. Провідне місце серед них займає гуманістичне розуміння права як соціальної цінності й одного з найважливіших надбань цивілізації [126, с. 48]

А.Колодїй та О.Колодїй пропонують власне визначення праворозуміння, не погоджуючись із наведеними вище підходами. На їхню думку, праворозуміння являє собою осмислення правової дійсності крізь призму правових теорій, правової політики та юридичної практики всіма соціальними суб'єктами – стосовно визначення місця і ролі права в суспільному житті, його сутності у сфері регулювання та охорони суспільних відносин, власного ставлення до його існування, реалізації та реформування, а також перспектив запровадження певної правової моделі та її адаптації до умов національного розвитку [49, с. 14].

Як нам вбачається з вищенаведених підходів, власне тип праворозуміння, що домінує в тій чи іншій правовій системі, визначає не лише загальний підхід до осмислення природи права, а й конкретні відповіді на питання про те, що може бути визнане його джерелом. Якщо право розуміється виключно як система норм, встановлених або санкціонованих державою, то коло формальних джерел права виявляється принципово закритим: воно вичерпується нормативно-правовими актами, а будь-яка інша правова матерія, включно з судовими рішеннями, розглядається лише як форма застосування вже існуючого права, але не як його творення. Натомість праворозуміння, що визнає за правом ціннісний, динамічний та соціально укорінений характер, відкриває теоретичний простір для переосмислення самої категорії джерела права: до неї виявляється можливим включити й ті регулятивні утворення, що виникають у процесі правозастосовної діяльності.

Саме в цьому контексті судова практика постає як феномен, що знаходиться на межі між застосуванням і творенням права, і питання про її місце в системі джерел права не може бути вирішене без попереднього з'ясування того, яка концепція праворозуміння покладена в основу конкретного правопорядку. У державах Центральної Європи, де романо-германська правова традиція тривалий час утримувала монополію легістського праворозуміння, визнання судової практики джерелом права стало можливим лише в міру того, як доктринальні уявлення про право розширювалися за межі суто нормативістської парадигми.

Відтак аналіз системи джерел права цих держав і місця судової практики в ній є водночас і дослідженням еволюції самого праворозуміння.

Таким чином, повертаючись до безпосередньої тематики нашого дослідження, відзначимо лише в загальних рисах (*докладніше про це див Розділ I роботи – Т.К.*), проблема визначення системи джерел права у контексті різних правових концепцій і досі залишається предметом наукових дискусій. Для побудови цілісної системи джерел права необхідно насамперед з'ясувати зміст самого поняття «джерело права». У межах позитивістської (нормативістської) правової доктрини джерело права ототожнюється з формою права, тобто зовнішнім способом вираження правової норми, який надає їй властивості загальнообов'язковості через офіційне закріплення компетентним державним органом. Водночас таке визначення не розкриває всієї багатогранності та складності поняття джерела права, яке не може зводитися виключно до формального закріплення правової норми.

Так, зокрема, нормативізм визнає джерелами права виключно акти органів державної влади, ухвалені з дотриманням встановленої процедури [169, с. 37].

Натомість, природно-правова концепція пропонує принципово інший підхід: джерелом права визнається сама людська природа, сутність якої пов'язана з невідчужуваними правами людини, що набуваються від народження або даровані Богом. Природно-правова традиція значно розширює це коло, включаючи до джерел права, окрім нормативно-правових актів, також судову практику, правові звичаї та юридичну доктрину [148, с. 166].

Відзначимо, на наш погляд, така розбіжність у підходах має не лише теоретичне, а й суттєве практичне значення. Так, зокрема, визнання чи невизнання певних явищ джерелами права безпосередньо впливає на правозастосовну діяльність, зокрема на можливість суддів посилатися на прецеденти, доктринальні положення чи звичаєві норми при вирішенні конкретних справ. Таким чином, цілком очевидно, особливої актуальності ця проблема набуває в умовах глобалізації та зближення правових систем, коли традиційні межі між романо-германською та англосаксонською правовими сім'ями поступово стираються.

Взагалі, відзначають А. Мерник та Д. Чоботар, функціональне призначення джерел права полягає у встановленні норм, правил та принципів, що регламентують поведінку суб'єктів та їхні взаємовідносини в межах певної правової системи. Джерела права характеризуються низкою сутнісних ознак, які визначають їхню природу та дієвість [74, с. 51]:

джерела права мають відповідати вимозі легітимності, що передбачає їх ухвалення або визнання відповідно до встановлених у правовій системі процедур та правил. Іншою визначальною ознакою є загальнообов'язковість: джерела права мають імперативний характер для всіх осіб, які перебувають у сфері їхньої юрисдикції, що зумовлює необхідність їх неухильного дотримання та застосування у відповідних правовідносинах;

джерелам права притаманна також ознака загальної дії – вони поширюються на всіх суб'єктів, які перебувають в аналогічних обставинах, без будь-яких проявів дискримінації чи необґрунтованих винятків. Водночас джерела права повинні відзначатися достатнім ступенем конкретності та деталізації, що забезпечує однозначне розуміння встановлених правил і мінімізує можливість їх неоднакового тлумачення;

важливою характеристикою джерел права є їхня здатність до адаптації – вони мають враховувати динаміку суспільного розвитку та відповідати актуальним потребам, забезпечуючи гнучкість правової системи перед новими викликами;

невід'ємним елементом дієвості джерел права є наявність механізмів контролю за їх реалізацією, що гарантує дотримання встановлених приписів та притягнення до відповідальності за їх порушення.

Звертаючись до питання про визнання судової практики джерелом права, необхідно насамперед визначитися з базовим розумінням природи права як такого. За умови дотримання нормативістської концепції судова практика не може бути включена до системи джерел права, оскільки це потребувало б наділення суду, поряд з органами державної влади, спеціальними повноваженнями, зокрема правотворчою функцією. Таке розширення компетенції судових органів суперечить фундаментальним засадам

нормативізму, який визнає правотворчі повноваження виключно за законодавчими органами держави [162, с. 463].

Відзначимо, принцип розподілу влади на законодавчу, виконавчу та судову гілки, що застосовується як Україні, так і в ряді зарубіжних держав, передбачає надання повноважень щодо прийняття загальнообов'язкових нормативних приписів виключно спеціально уповноваженим державним інституціям. Водночас судові органи, основною функцією яких є здійснення правосуддя, традиційно не залучаються до правотворчого процесу. Разом із тим наділення судів можливістю формувати правові норми здатне підвищити дієвість правового регулювання та забезпечити необхідну адаптивність правових приписів до мінливих суспільних відносин. В той же час, власне судовий прецедент як джерело права виступає найбільш оперативним інструментом усунення законодавчих прогалин, адже ухвалюючи рішення у конкретній справі за відсутності належного нормативного регулювання, суд *de facto* здійснює коригування або розширення сфери правового впливу.

Цікаво, у межах природно-правової концепції судовим органам відводиться ключова роль серед усіх суб'єктів, що формують правила суспільної поведінки. Це зумовлено тим, що саме суд, безпосередньо стикаючись із практичним застосуванням правових норм, найбільш чітко усвідомлює існуючі недосконалості та прогалини законодавчого регулювання у різних сферах суспільних відносин. За такого підходу, якби суд був наділений правотворчими повноваженнями, він мав би змогу формулювати саме ті приписи, які недостатньо конкретизовані в чинному законодавстві або неналежно реалізуються на практиці, а також визнавати такими, що втратили чинність, застарілі норми та більш прецизійно окреслювати межі застосування окремих правових положень [136, с. 40-41].

Тобто, як бачимо, судові інституції, здійснюючи об'єктивний аналіз чинних правових норм крізь призму їх практичної реалізації, спроможні як жодний інший орган державної влади забезпечити необхідну гнучкість та адаптивність правового регулювання. Така здатність судів оперативно реагувати на динаміку суспільних відносин є особливо цінною в умовах швидких

соціально-економічних трансформацій, коли законодавчий процес не завжди встигає за потребами правозастосовної практики. Більше того, визнання за судами правотворчої функції сприяло б формуванню більш цілісної та внутрішньо узгодженої правової системи, оскільки судді при ухваленні рішень керуються не лише буквою закону, а й загальними принципами справедливості та верховенства права.

У сучасних умовах судова практика, що кристалізується в ході правозастосовної діяльності судових органів, опинилася в епіцентрі науково-теоретичних дебатів. Найбільш виразно ця тенденція простежується у сфері приватного права, передусім при застосуванні цивільно-правових норм. Підвищена увага до судової практики саме в цій галузі пояснюється іманентними властивостями цивільних правовідносин, фундаментальними засадами яких виступають формальна рівність учасників та свобода їхнього волевиявлення. У царині цивілістики значення судової практики неухильно зростає, адже вона слугує інструментом забезпечення визначеності та прогнозованості у встановленні змісту й структури цивільно-правових зв'язків. Саме завдяки систематичному узагальненню судових рішень стає можливою деталізація змісту суб'єктивних прав та юридичних обов'язків учасників майнового обороту, що має неоціненне значення для стабільності договірних відносин та захисту законних очікувань сторін.

Варто наголосити, що в умовах ринкової економіки, де, наприклад, цивільний оборот характеризується надзвичайною різноманітністю та динамічністю, законодавець об'єктивно неспроможний передбачити й урегулювати всі можливі варіанти правовідносин. Саме тому судова практика виконує незамінну функцію «живого права», що адаптує абстрактні законодавчі приписи до конкретних життєвих ситуацій. Крім того, узагальнення судової практики вищими судовими інстанціями сприяє формуванню єдиних підходів до тлумачення оціночних понять цивільного права, таких як «добросовісність», «розумність», «справедливість», що є особливо важливим для забезпечення однакового застосування закону на всій території держави.

Паралельно з цим, в умовах взаємопроникнення елементів англосаксонської та романо-германської правових традицій, а також послідовного зміцнення авторитету судової практики у правовій системі, вітчизняний правопорядок виявився недостатньо адаптованим до вимог сучасного ринкового суспільства.

Таким чином, на наш погляд, праворозуміння є не лише академічною категорією, а й визначальною методологічною передумовою для вирішення прикладного питання про систему джерел права. Плюралізм наукових концепцій праворозуміння, від нормативістських до природно-правових та інтегративних, не є свідченням теоретичної невизначеності, а відображає об'єктивну складність права як соціального феномену, що поєднує в собі нормативний, ціннісний та практично-регулятивний виміри. Для цілей нашого дисертаційного дослідження принципово важливим є висновок про те, що жодна з розглянутих концепцій не дає змоги зрозуміти природу сучасного права у його повноті, якщо застосовується ізольовано: право одночасно є і системою норм, і втіленням цінностей, і результатом живої правозастосовної практики.

Саме ця багатовимірність права зумовлює необхідність переосмислення традиційного переліку його джерел. Якщо визнати, що право не вичерпується офіційно встановленими нормами, а включає також ті регулятивні утворення, що виникають у процесі правозастосування, то судова практика набуває принципово іншого статусу: вона перестає бути лише «дзеркалом» законодавства і постає як самостійний спосіб формування правових правил. У державах Центральної Європи, де нормативістська традиція тривалий час унеможлиблювала таке визнання, поступова трансформація праворозуміння в напрямі інтегративних підходів, підкріплена конституційними реформами та євроінтеграційними процесами, створила теоретичні та практичні умови для фактичного, хоча нерідко доктринально невизнаного, правотворчого значення судових рішень.

Наведені міркування переконливо засвідчують, що питання про статус судової практики як джерела права є похідним від більш фундаментального питання – яке праворозуміння визнається методологічно прийнятним у конкретній правовій системі. Там, де панує легістська доктрина, судова практика

приречена залишатися лише технічним інструментом правозастосування, позбавленим самостійного нормативного значення. Там, де доктринальний простір відкритий для ціннісних, соціологічних або інтегративних підходів до розуміння права, судова практика органічно вписується до кола його джерел, не як виняток із правила, а як закономірний прояв того, що право живе і розвивається передусім у процесі свого практичного застосування. Саме цей зв'язок між типом праворозуміння та визнанням судової практики джерелом права є ключовим для розуміння тих процесів, що відбуваються у правових системах держав Центральної Європи на сучасному етапі їхнього розвитку.

Висновки до Розділу 2

На підставі зробленого в цьому структурному підрозділі дослідження, можемо зробити ряд висновків, серед яких окремо виділимо наступні.

По-перше, попри широке використання поняття «судова практика» як у вітчизняній, так і в зарубіжній юридичній науці, єдиного та загальновизнаного розуміння його змісту, форм вираження та правової природи досі не вироблено. Як нам вбачається, ця термінологічна невизначеність є не випадковою, а зумовленою об'єктивною складністю та багатоплановістю самого явища. Водночас потреби правової теорії та юридичної практики неухильно вимагають формування цілісного наукового уявлення про цей феномен.

По-друге, аналіз концепцій судової правотворчості засвідчує, що вона є різновидом правотворчої діяльності, якому притаманні всі сутнісні ознаки останньої, однак зі специфічними особливостями: суб'єктом є судовий орган, правотворчість є для нього додатковою функцією, а її здійснення потребує або законодавчого санкціонування, або мовчазного визнання з боку представницьких органів влади. При цьому межа між судовим тлумаченням і правотворчістю є надзвичайно тонкою і рухливою, а визначальним принципом судової правотворчості має залишатися самообмеження – правотворча функція суду може реалізовуватися лише тоді і тією мірою, коли захист прав людини неможливий без формулювання нового правоположення нормативного характеру. Досвід окремих країн Центральної Європи підтверджує, що саме таке

розуміння меж судової правотворчості забезпечує її легітимність і суспільне сприйняття.

По-третє, континентальне право, в межах якого функціонує судова система більшості країн Центральної Європи, дедалі частіше стикається з об'єктивною неможливістю своєчасно врегульовувати нові суспільні відносини виключно шляхом законотворчості. Стрімкий розвиток технологій, економічних відносин і соціальної реальності неминуче породжує законодавчі прогалини та «виключні правові проблеми», подолання яких стає можливим лише через механізм судової правотворчості. Саме тому, цілком вірним є твердження про те, що визнання судової правотворчості органічним елементом динамічної правової системи, а не відхиленням від континентальної традиції, є запорукою ефективного правосуддя та реального утвердження верховенства права.

По-четверте, поняття «судовий прецедент» і «судова практика» є самостійними правовими категоріями, які не можуть використовуватися як взаємозамінні синоніми. Їхнє співвідношення слід розглядати як співвідношення загального та конкретного: судова практика є ширшою категорією, що охоплює сукупність усієї правозастосовної, інтерпретаційної та правотворчої діяльності судів, тоді як судовий прецедент є її конкретним, нормативно значущим проявом – правовим висновком щодо способу застосування норми права, виробленим під час розгляду конкретної справи. При цьому, термінологічна різниця між цими поняттями відображає також їхню різну правову природу та функціональне призначення в системах загального і континентального права, що зумовлено різними умовами їхнього історико-правового становлення та розвитку.

По-п'яте, у правових системах країн Центральної Європи судовий прецедент формально не визнається основним джерелом права, однак фактично існує у вигляді прецеденту-тлумачення. Рішення конституційних і верховних судів цих держав, формуючи єдині підходи до тлумачення правових норм і усуваючи законодавчі прогалини, набули *de facto* прецедентного значення. Поряд із цим дедалі більшу роль у правових системах Центральної Європи відіграє судова доктрина, яка фактично виконує функцію «м'якого» прецеденту

– забезпечує передбачуваність і послідовність правосуддя без формального відступу від континентальної традиції верховенства закону.

По-шосте, судова влада в сучасних демократичних державах є не лише інструментом вирішення правових конфліктів, а й рівноправним і самостійним суб'єктом механізму стримувань і противаг, покликаним забезпечувати інституційний баланс між законодавчою та виконавчою гілками влади. Конституційне закріплення принципу поділу влади та гарантій незалежності судових органів є необхідною, але не достатньою умовою реального функціонування цього механізму, вирішального значення набуває фактична спроможність судової влади здійснювати контроль за конституційністю актів інших гілок влади та виступати арбітром у міжінституційних конфліктах. Саме це визначає судову владу як центральний елемент сучасної конституційної архітектури правової держави.

По-сьоме, місце судової влади в механізмі стримувань і противаг безпосередньо зумовлює характер і обсяг її нормотворчого впливу. Конституційні суди, скасовуючи законодавчі акти або надаючи їм обов'язкове тлумачення, фактично здійснюють функцію негативного, а нерідко й позитивного законодавця, формуючи нормативний зміст правової системи. Суди загальної юрисдикції та адміністративні суди, у свою чергу, заповнюють прогалини в законодавстві та виробляють усталені правові позиції, що набувають загальнообов'язкового значення для подальшого правозастосування. Таким чином, реальне місце судової влади в конституційному устрої держави (ступінь її незалежності, повнота повноважень і механізми виконання судових рішень) є визначальним чинником того, чи набуває судова практика статусу самостійного джерела права, а не залишається лише формою конкретизації законодавчих норм.

По-восьме, досвід держав Центральної Європи переконливо засвідчує, що трансформація судової влади від пасивного правозастосувача до активного учасника правотворчого процесу є закономірним наслідком конституційних реформ, спрямованих на утвердження верховенства права та зміцнення механізму стримувань і противаг. Водночас цей процес породжує нові

теоретичні та практичні виклики, пов'язані з легітимністю судової правотворчості в умовах романо-германської правової традиції, яка формально не визнає прецеденту джерелом права.

По-дев'яте, праворозуміння є не лише академічною категорією, а й визначальною методологічною передумовою для вирішення прикладного питання про систему джерел права. Плюралізм наукових концепцій праворозуміння, від нормативістських до природно-правових та інтегративних, не є свідченням теоретичної невизначеності, а відображає об'єктивну складність права як соціального феномену, що поєднує в собі нормативний, ціннісний та практично-регулятивний виміри. При цьому, жодна з розглянутих нами концепцій не дає змоги зрозуміти природу сучасного права у його повноті, якщо застосовується ізольовано: право одночасно є і системою норм, і втіленням цінностей, і результатом живої правозастосовної практики.

Саме ця багатовимірність права зумовлює необхідність переосмислення традиційного переліку його джерел. Якщо визнати, що право не вичерпується офіційно встановленими нормами, а включає також ті регулятивні утворення, що виникають у процесі правозастосування, то судова практика набуває принципово іншого статусу: вона перестає бути лише «дзеркалом» законодавства і постає як самостійний спосіб формування правових правил. У державах Центральної Європи, де нормативістська традиція тривалий час унеможлиблювала таке визнання, поступова трансформація праворозуміння в напрямі інтегративних підходів, підкріплена конституційними реформами та євроінтеграційними процесами, створила теоретичні та практичні умови для фактичного, хоча нерідко доктринально невизнаного, правотворчого значення судових рішень.

По-десяте, питання про статус судової практики як джерела права є похідним від більш фундаментального питання – яке праворозуміння визнається методологічно прийнятним у конкретній правовій системі. Там, де панує легістська доктрина, судова практика приречена залишатися лише технічним інструментом правозастосування, позбавленим самостійного нормативного значення. Там, де доктринальний простір відкритий для ціннісних, соціологічних або інтегративних підходів до розуміння права, судова практика органічно

вписується до кола його джерел, не як виняток із правила, а як закономірний прояв того, що право живе і розвивається передусім у процесі свого практичного застосування. Саме цей зв'язок між типом праворозуміння та визнанням судової практики джерелом права є ключовим для розуміння тих процесів, що відбуваються у правових системах держав Центральної Європи на сучасному етапі їхнього розвитку.

СУДОВА ПРАКТИКА В СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ПРАВА ДЕРЖАВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ПРАВОВОГО ПРОСТОРУ: ТЕОРЕТИКО- ПРАВОВИЙ ТА ПРАКТИЧНИЙ ВИМІРИ

3.1. Судова практика як джерело права в країнах Європи: доктринальний та прецедентний аспект

Одним із найдискусійніших питань сучасної теорії права є місце та роль судового прецеденту у правових системах Центральної Європи. Донедавна у юридичній науці переважала думка, що судовий прецедент і романо-германська правова традиція є погано узгодженими між собою правовими конструкціями. Проте глобалізація правових систем, активна діяльність Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та процеси правової конвергенції зумовили суттєву трансформацію цього погляду. Все частіше дослідники констатують: відмінності між прецедентним правом і правом континентальним поступово втрачають свою жорсткість.

Загальновідомо, відзначають дослідники О. Козинець та Н. Костюченко, що домінуючими правовими системами сьогодення є романо-германська та англосаксонська, оскільки інші системи також впливали на формування джерельної бази права. Тому дослідження специфіки застосування судової практики за кордоном доцільно проводити в порівняльно-правовому вимірі між романо-германською та англосаксонською традиціями, оскільки саме вони визначально впливають на розвиток конституційного права. Мусульманська чи юдейська правові системи мають значно вужчу сферу застосування і для України не мають такого практичного значення, натомість ідеї англосаксонського права поступово проникають і в нашу правову культуру [54, с. 99].

Слід одразу зауважити, пишуть вчені, що для романо-германських країн (зокрема Німеччини, Франції, Бельгії, Нідерландів, Швейцарії) судовий прецедент не є основним джерелом конституційного права. Традиційна думка про те, що в цих системах першочерговими джерелами конституційного права є нормативні акти та договори (інколи правовий звичай), потребує перегляду.

Отже існують вагомі теоретичні та історичні підстави для переосмислення ролі й місця судового прецеденту у системі джерел конституційного права [54, с. 99-100].

Нині процес формування судової системи України в межах принципу розподілу влади, відзначає Ю. Мелякова, тісно пов'язаний із проблемою судової правотворчості. Інтеграційні впливи (ускладнення правового регулювання, зближення джерел міжнародного й національного права, збільшення колізій та інших перекручень у системі джерел права, а також недовіра й незадоволення роботою судів) зумовлюють потребу в герменевтичному дослідженні практики правотворення судами різних правових систем і висувають на порядок денний питання лібералізації та адаптивності сучасної судової правотворчості. Багато вітчизняних дослідників відзначають, що в національній філософії права роль і сутність судової інтерпретації досі лишаються недостатньо вивченими, хоча це питання є надзвичайно важливим для судової реформи в Україні [72, с. 126].

На наш погляд, розуміння природи судової практики є принципово важливим для України як держави, представниці романо-германської правової сім'ї, частини країн Центральної Європи, котра водночас є учасницею Ради Європи і зобов'язана виконувати рішення ЄСПЛ. Крім того, ухвалення Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. стало практичним визнанням прецедентної природи рішень Страсбурзького суду. Водночас питання про те, яким є реальний статус судової практики в різних системах права країн Центральної Європи та яких трансформацій він зазнає під впливом інтеграції, залишається відкритим і потребує системного аналізу.

Судова практика як джерело права посідає різне місце в правових системах сучасних європейських держав, що зумовлено передусім їхньою належністю до тієї чи іншої правової сім'ї. У країнах романо-германської правової традиції, до якої відносяться більшість держав континентальної Європи, судова практика традиційно не визнається формально обов'язковим джерелом права, пріоритет у системі джерел права належить нормативно-правовому акту. Натомість в англо-американській правовій сім'ї судовий прецедент є основним джерелом права, а

діяльність судів із вироблення правових норм розглядається як органічна і невід'ємна функція судової влади. Попри те що в умовах глобалізації та зближення правових систем ця межа поступово розмивається, принципова відмінність у ставленні до судової практики між континентальною і англосаксонською традиціями зберігається й донині.

Предметом нашого дослідження є передусім правові системи держав Центральної Європи, зокрема і ті які після трансформаційних процесів 1989-1991 років пройшли складний шлях переосмислення ролі судової практики в системі джерел права. Належачи до романо-германської правової сім'ї, ці держави зберегли пріоритет законодавчого регулювання, однак водночас значно підвищили фактичну роль рішень конституційних і верховних судів, які набули *de facto* прецедентного значення. Цей процес відбувався під потужним впливом євроінтеграції та практики Суду справедливості ЄС і Європейського суду з прав людини, рішення яких стали обов'язковим орієнтиром для національних судових систем.

Водночас, перш ніж перейти до аналізу центральноєвропейського досвіду, вважаємо за необхідне зробити кілька принципових зауважень щодо англо-американської правової сім'ї, яка є своєрідним еталоном визнання судової практики повноцінним джерелом права. У системах загального права, передусім британській та американській, судовий прецедент не лише фактично, а й формально є обов'язковим для подальшого застосування судами при розгляді аналогічних справ. Доктрина *stare decisis* забезпечує стабільність і передбачуваність правового регулювання, а самі судді виступають безпосередніми творцями права. Цей досвід має важливе методологічне значення для розуміння тих трансформацій, яких зазнає ставлення до судової практики в континентальних правових системах, зокрема в державах Центральної Європи, де елементи прецедентного мислення дедалі активніше проникають у традиційно законодавчо орієнтовану правозастосовну практику.

Вкрай важливим є розмежування двох складових судового рішення – *ratio decidendi* та *obiter dictum*. Так, у своєму дослідженні М.Веселов, Т.Гуржій та В.Коваленко [15, с. 11] наводять позицію румунської вченої Е. Ангел, яка

визначає: *ratio decidendi* – це сутність правового обґрунтування, принцип, який призвів до відповідного рішення, тоді як *obiter dictum* – фактичне рішення, винесене суддею. Якщо суддя не знаходить відповідних принципів для справи, поданої на розгляд, він може і повинен створити нову норму права, формуючи нове *ratio decidendi* [133, с. 68].

Там само автори наводять позицію Дж. Дж. Постама, який підкреслює, що «закон і думка судді не є конвертованими термінами»; авторитет загального права загалом залежить від гнучкості та можливості судового тестування та переоцінки. Звідси висновок ученого: «прецедент, хоч і є основним елементом загального права, не є самим правом, а тим паче не всім правом загалом» [163, с. 12–14].

Н.Слотвінська звертає увагу на погляди В. Шафарчука, який, в свою чергу, визначає переваги судового прецеденту: система прецедентного права робить прозорою і передбачуваною як судову систему, так і діяльність правоохоронних органів, оскільки будь-який орган чи посадова особа не зможуть за аналогічних обставин відступити від правила, закріпленого в конкретному рішенні. За таких обставин зменшується кількість скарг та знижується рівень корупції [111, с. 19].

Як бачимо, судовий прецедент є комплексним правовим феноменом, що органічно поєднує ознаки нормативності та правозастосування, і не може бути зведений ні до звичайного судового рішення (в окремих випадках – судової практики), ні до абстрактної правової норми. Власне, ключовою його ознакою є не формальне закріплення у певному офіційному документі, а здатність правової позиції суду, сформульованої під час розгляду конкретної справи, набувати обов'язкової або переконливої сили при вирішенні аналогічних справ у майбутньому. Розмежування між судовим прецедентом і судовою практикою має суттєве значення: перший формується одним рішенням і є прямим нормативним зразком, тоді як друга є узагальненим результатом багаторічного правозастосування, що відображає усталені підходи судів до тлумачення та застосування правових норм.

Показово, що ставлення до судового прецеденту принципово розрізняється в англо-американській та романо-германській правових сім'ях, що зумовлено

їхніми різними історичними традиціями та концепціями праворозуміння. В англо-американській системі судовий прецедент є основним джерелом права: доктрина *stare decisis* зобов'язує суди дотримуватися раніше ухвалених рішень вищих інстанцій, а судді виступають безпосередніми творцями правових норм. Романо-германська правова сім'я, навпаки, традиційно відводила судовій практиці лише допоміжну роль, обмежуючи функцію суду тлумаченням і застосуванням чинного законодавства.

Класичною формою судового прецеденту є безумовно його англійська модель. О.Козинець та Н.Костюченко звертають увагу на те, що особливістю, яка характеризує традицію загального права і відмежовує її від континентально-правової системи, є доктрина *stare decisis*. За словником *Black's law dictionary*, пишуть вчені, – це доктрина, в якій суд, встановивши один раз принцип права як такий, що застосовується до певного стану речей, буде слідувати цьому принципу і застосовувати його до всіх наступних справ, де факти значною мірою однакові [54, с. 102]. Термін «*stare decisis*» є скороченим латинським висловом, що означає «стояти на вирішеному і не турбувати вже установлені справи».

М. Веселов, Т. Гуржій та В. Коваленко констатують, що судова практика в Англії не лише застосовує, а й створює норми права. Правило прецеденту, яке зобов'язує англійських суддів дотримуватись рішень, ухвалених їх попередниками, утвердилося з першої половини XIX ст. [15, с. 11]. Нормативно-правовий акт у системі англійського права також є джерелом права, проте має другорядне значення: класична теорія розглядає його лише як такий, що створює окремі винятки в загальному праві.

А.Іванів у своєму дослідженні наголошує на принципових відмінностях між позицією судді в романо-германській та англосаксонській системах: у країнах континентального права суддя суворо дотримується закону, і його обов'язок полягає в тлумаченні правових норм, а не в їх створенні. На відміну від цього, в англосаксонській правовій сім'ї суддя бере активну участь у створенні правової норми шляхом формування «*ratio decidendi*». Історично англійський суддя мав високий авторитет і відіграв центральну роль у створенні норми права, яка в суспільстві вважалась його особистим творінням [36, с. 37].

Разом із тим М. Веселов, Т. Гуржій та В. Коваленко наводять позицію дослідників Р. Кросса і Дж. В. Харріса щодо гнучкості прецедентного права: навіть класична англійська система використовує методи скасування та розрізнення «для пом'якшення суворості прецеденту». Обов'язковий прецедент може бути скасований Палатою лордів, а суд нижчої інстанції не пов'язаний ним, якщо поточну справу можна розрізнити, тобто якщо вона за своїми суттєвими фактами достатньо відрізняється від попередньої. Завдяки розрізненню система зберігає певний рівень гнучкості [140, с. 831].

Є. Жерьобкіна у своєму дослідженні наводить порівняльну характеристику обох правових систем, вказуючи, що 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. Натомість у країнах загального права перегляд рішення апеляційним судом у Великій Британії має місце лише у виняткових випадках; Палата Лордів протягом року переглядає в середньому 50 скарг у цивільних і кримінальних справах [180, с. 100].

Дослідники констатують, що останніми десятима-п'ятнадцятьма роками навіть консервативна англійська система права під впливом загальної інтеграції та глобалізації поступово відчуває трансформації: законодавство як джерело права набуває дедалі більшого значення, зростає роль закону, більш помітним стає вплив міжнародного європейського права. Однак, незважаючи на бурхливий розвиток законодавства, продовжує діяти принцип, відповідно до якого норма закону набуває реального змісту лише після застосування її в суді [123, с. 351].

Викладені вище теоретичні засади розуміння судового прецеденту та судової практики, а також порівняльний аналіз окремих підходів англо-американської та романо-германської правових сімей створюють необхідне підґрунтя для переходу до більш конкретного і предметного дослідження. Адже констатація самого факту конвергенції двох великих правових традицій та зростання ролі судової практики у сучасному праві, хоча й є важливим теоретичним здобутком, не дає вичерпної відповіді на питання про те, яким саме

чином цей процес відбувається в окремих правових системах і які конкретні форми він набуває.

Держави, що належать до романо-германської та англосаксонської правових сімей, характеризуються, як правило, розвиненими правовими системами, у межах яких повною мірою розкрилися та утвердилися якості писаного права. У цих системах право постає як витвір високого інтелектуального порядку, що функціонує в суспільному житті як самостійний, внутрішньо структурований і потужний соціальний феномен, здатний ефективно регулювати суспільні відносини та забезпечувати їх стабільність [[82]].

З огляду на це, на наш погляд, наступним логічним кроком дослідження є аналіз місця та ролі судової практики безпосередньо в правових системах романо-германської сім'ї, тієї традиції, до якої належить переважна більшість досліджуваних нами центральноєвропейських держав, а також Україна. Саме в межах цієї правової сім'ї найбільш виразно простежується суперечність між формальним невизнанням судової практики самостійним джерелом права та її реальним нормативним впливом на правозастосування.

Звернення до історії становлення та розвитку романо-германської (континентальної) правової сім'ї дозволяє дійти висновку, що судовий прецедент, попри відсутність його формального визнання основним джерелом права, все ж може розглядатися як допоміжне джерело права романо-германського типу. Водночас його роль і функціональне значення суттєво відрізняються від того привілейованого становища, яке судовий прецедент посідає в країнах англо-американської правової традиції, де він є первинним і визначальним джерелом правового регулювання. Для глибшого розуміння цих відмінностей та специфіки місця судового прецеденту в континентальній правовій системі видається доцільним звернутися до аналізу історичного становлення романо-германської правової сім'ї загалом, оскільки саме в цьому контексті закладалися ті доктринальні та інституційні передумови, які й визначили сучасне ставлення до судової практики як джерела права в країнах континентальної Європи [107, с. 184].

У країнах романо-германської правової традиції підхід до права та його джерел зберігає переважно законодавчо-центричний характер. А.Іванів зазначає, що в континентальних системах від самого початку була відсутня потреба в судовому прецеденті як у джерелі права; судді, прагнучи забезпечити ясність і визначеність у праві, традиційно спиралися на постулати римського права, а в пізніший період – на кодифіковані норми, насамперед ті, що містяться в кодексах XIX ст. [36, с. 36].

На думку О. Сікорського та А. Зільника, специфіка судового прецеденту в системі романо-германської правової сім'ї визначається його двоїстим становищем у системі джерел права. З одного боку, він офіційно не визнається формально-юридичним джерелом права, а з іншого – фактично застосовується як таке, що є наслідком визнання його реального існування та практичної значущості у правозастосовній діяльності. Таким чином, стверджують вчені, судовий прецедент у країнах романо-германської правової традиції існує у своєрідному правовому просторі між формальною заборонаю і фактичним визнанням, виконуючи при цьому важливу функцію доповнення та збагачення системи джерел права там, де нормативно-правовий акт виявляється недостатнім або неповним [107, с. 185].

Водночас дослідники фіксують, що поняття «судовий прецедент» у країнах романо-германської правової сім'ї не має усталеного, однакового трактування. Так, А. Іванів детально аналізує специфіку розуміння прецеденту в різних країнах. У правовій системі Франції поняття «судовий прецедент» не означає обов'язковості попереднього судового рішення, оскільки суди у Франції ніколи не були пов'язані прецедентами: рішення суду наділене «відносно обов'язковою силою», тобто є обов'язковим лише для сторін в одній і тій самій справі. Там само автор зазначає, що у правовій системі Німеччини під «прецедентом» зазвичай розуміють будь-яке попереднє рішення, яке може мати відношення до поточної справи, що підлягає вирішенню [36, с. 37–38].

На сучасному етапі розвитку права в ряді держав романо-германської правової сім'ї, пишуть автори підручника «Порівняльне правознавство», суттєвого значення набувають підзаконні нормативні акти. Це зумовлено

насамперед тим, що в окремих, менш значущих сферах суспільного життя законодавча процедура визнається надмірно громіздким і неефективним інструментом правового регулювання. Відтак повноваження щодо врегулювання правових питань у таких сферах передаються органам виконавчої влади, які здатні реагувати на суспільні потреби оперативніше та гнучкіше, ніж парламент. Показовим прикладом у цьому контексті є Франція та ФРН, де підзаконні акти визнаються повноцінним джерелом права, зокрема і в галузі кримінального права [95, с. 96].

Правова доктрина сучасної Франції визначає прецедент як раніше ухвалене судове рішення у подібній справі або за аналогічних обставин. У більш деталізованому розумінні це поняття вживається у двох значеннях. У вузькому («суворому») значенні прецедент розглядається як рішення вищої судової інстанції стосовно нижчих судів. Попри те що таке рішення не має нормативного характеру та юридично не зобов'язує нижчі суди його дотримуватися, воно виступає надзвичайно авторитетним чинником, з яким усі нижчестоящі суди не можуть не рахуватися у своїй повсякденній практичній діяльності. У широкому («менш суворому») значенні під прецедентом розуміється рішення будь-якого судового органу, включно з нижчестоящими судами, ухвалене за подібних обставин та у схожій справі. Таке рішення може слугувати як позитивним зразком, якому слід наслідувати, так і негативною моделлю, від якої слід відступити при розгляді аналогічних справ у майбутньому [164, с. 111].

О. Козинець та Н. Костюченко також акцентують увагу на прикладах суддівської правотворчості у Німеччині. Авторки наводять приклад, коли Конституційний суд Німеччини при тлумаченні положень закону про захист права одного з членів подружжя на продовження оренди квартири після смерті іншого постановив за аналогією право чоловіка-орендаря, який проживав разом з іншим наймачем, що помер, на найм квартири. Тим самим суд виступив суб'єктом правотворчості і подальші рішення судів земель мали відповідати цій позиції. Там само авторки звертають увагу на доктрину «*jurisprudence constante*», яку застосовують у кількох країнах, зокрема у Франції, де касаційний та

апеляційні суди по суті є «квазізаконодавцями», встановлюючи звичай правозастосовчої діяльності [54, с. 102-103].

У правовій системі сучасної Німеччини поняття прецеденту (*Präjudiz*) охоплює будь-яке попереднє судове рішення, що має відношення до справи, яка розглядається. При цьому, хоча таке рішення і містить певний елемент обов'язковості для інших судів при вирішенні аналогічних справ, у науково-правових дослідженнях немає чіткості ні щодо природи, ні щодо характеру та юридичної сили такої обов'язковості. Показово, що при визначенні поняття прецеденту в німецькій правовій системі дослідники суддівського права нерідко взагалі не мають на увазі, що попередні судові рішення ухвалювалися з метою якогось впливу на наступні рішення з аналогічних справ задля їх подальшого розгляду як прецедентів [165, с. 56].

У своєму дослідженні А. Іванів аналізує й іспанський досвід: основоположним принципом, неодноразово підтвердженим Конституційним судом Іспанії, є те, що «суддя пов'язаний законом, а не прецедентом». В Іспанії, відзначає вчена, судова практика розглядається лише як «доповнення» до формальних джерел права, а «обов'язковість» норми традиційно пов'язується з її належністю до числа формальних джерел права [36, с. 38].

Іспанська правова доктрина та юридична догматика вкладають у поняття «система прецеденту» або «доктрина прецеденту» зміст, безпосередньо пов'язаний із розумінням принципу *stare decisis* як офіційно обов'язкового механізму, що зобов'язує нижчі суди дотримуватися відповідних рішень вищих судових інстанцій. Іншими словами, в іспанській юриспруденції прецедент розуміється як попереднє судове рішення, яке є обов'язковим для судів при вирішенні аналогічних справ та ухваленні подальших рішень. Таке розуміння є досить близьким до класичної концепції прецеденту в системі загального права. Утім, це зближення має принципово важливе застереження. В іспанській правовій системі та правовій культурі, попри фактичне і доктринальне визнання прецеденту, діє фундаментальний принцип, неодноразово підтверджений Конституційним судом, зокрема у рішенні № 49/1985, відповідно до якого суддя пов'язаний насамперед статутним правом, а не прецедентом. Таким чином,

іспанська модель займає проміжне становище між класичним прецедентним правом англосаксонської традиції та континентальним підходом, де нормативно-правовий акт зберігає беззаперечний пріоритет у системі джерел права [166, с. 250].

Показовим винятком у континентальній системі є Швейцарія. А.Іванів наводить положення ст. 1 Цивільного кодексу Швейцарії, де вказується: за відсутності закону суд ухвалює рішення відповідно до норми, яку він прийняв би як законодавець; при цьому суд керується встановленою доктриною та прецедентним правом. Це положення дає швейцарському суду можливість фактично створювати норми права [36, с. 39].

Попри те що в багатьох країнах романо-германської правової сім'ї судова практика формально не визнається самостійним джерелом права, кількість збірників судових рішень у Франції, Німеччині, Швейцарії, Італії та інших континентальних державах невпинно зростає з року в рік. Цей факт є красномовним свідченням того, що судовий прецедент зберігає стале і вагомое практичне значення незалежно від його офіційного правового статусу, а практикуючі юристи та судді фактично орієнтуються на усталену судову практику при вирішенні конкретних справ [141, с. 99].

Цікаво, О. Сікорський та А. Зільник наводять позицію дослідника Р. Кроса, який у своїй праці пояснює відмінність у ставленні до судового прецеденту між романо-германською та англосаксонською правовими системами трьома основними причинами [107, с. 185]. Перша з них полягає в тому, що англійські судді значно гостріше, ніж їхні континентальні колеги, відчували потребу у правовій визначеності; суддя континентальної правової традиції для досягнення цієї мети традиційно спирався на норми римського права та кодифіковані звичаї, тоді як прецедент не відігравав у цьому процесі суттєвої ролі. В Англії ситуація була принципово іншою: той самий результат досягався через доктрину прецеденту, що сформувалася в надрах загального права і відзначалася виразним прагненням до суворості та передбачуваності. Друга причина пов'язана з особливостями організації судової системи. Англійська судова система відрізняється значно вищим рівнем централізації порівняно з континентальними

аналогами, що не лише сприяло ухваленню однакових рішень у подібних справах, а й створило оптимальні умови для виникнення та зміцнення інституту прецеденту. У романо-германській правовій системі спостерігається протилежна тенденція – менша централізація судової системи не сприяла формуванню такого жорсткого механізму прецедентного зв'язку. Третя причина, яку виокремлює Р.Крос, стосується статусу та складу суддівського корпусу. В англійських вищих судах кількість суддів є значно меншою, а їхній добір здійснюється переважно з середовища досвідчених адвокатів. Натомість у континентальних правових системах суддівський корпус формується здебільшого з представників цивільної служби, серед яких чимало молодих фахівців із відносно невеликим практичним досвідом. Саме цим і пояснюється особливе ставлення англійських суддів до прецеденту як до головного джерела права – авторитет суддівського корпусу і його практичний досвід слугують додатковим чинником, що підкріплює беззастережну повагу до раніше ухвалених рішень [140, с. 55-56].

Н. Слотвінська у своєму дослідженні звертає увагу на позицію О. Скакун, яка, в свою чергу, стверджує, що прецедентне право стало частиною вітчизняного права; судовий прецедент існує де-факто, що є показником судової правотворчості, хоча вона ще не має офіційного законодавчого закріплення. Там само авторка наводить й думку Л. Луць, яка зазначає, що в романо-германському типі правових систем збільшується питома вага судових прецедентів, хоча й досі відсутня як концепція прецедентного права, так і уподібнена практика застосування прецедентних рішень судами [111, с. 19].

В дослідження О. Козинеця та Н. Костюченко в якості прикладу наводиться позиція О. Дашковської, яка стверджує, що в правовій континентальній системі судовий прецедент існує поряд з іншими джерелами права і вплив суду на формування та прогресивний розвиток конституційного права знайшов відображення в теорії практики суду. Встановлена судова практика визнається джерелом конституційного права держав романо-германської правової сім'ї, але застосовується лише в судочинстві і не позначається на нормотворчості [54, с. 34–41].

Таким чином, попри офіційне заперечення обов'язкової сили судового прецеденту, практика країн Центральної Європи демонструє, що він реально функціонує у вигляді «усталеної судової практики». Як влучно зауважує А.Іванів, у романо-германській правовій сім'ї реальна юридична сила судового прецеденту визначається не стільки її формальним закріпленням у правових актах, скільки фактичними життєвими обставинами та практичною необхідністю [36, с. 39].

Проведений аналіз місця та ролі судового прецеденту і судової практики у правових системах держав Центральної Європи переконливо засвідчує, що жодна з цих держав, попри формальну належність до романо-германської правової сім'ї, не є байдужою до прецедентного впливу судових рішень. Навпаки, рішення конституційних і верховних судів цих країн набули стійкого *de facto* прецедентного значення, а їхня правотворча функція, хоча й не завжди визнається відкрито на доктринальному рівні, є цілком очевидною на рівні правозастосовної практики.

Наведені спостереження закономірно підводять до більш широкого і принципового питання: чи є зближення романо-германської та англосаксонської правових традицій у питанні ролі судової практики випадковим збігом обставин чи об'єктивною закономірністю сучасного правового розвитку? Відповідь на це питання потребує окремого теоретичного осмислення у контексті загальносвітових процесів конвергенції правових систем. Спробуємо в загальних рисах розкрити це питання у цьому ж підрозділі нашого дослідження.

Отже, ще раз підкреслимо, сучасна правова наука дедалі більше уваги приділяє процесу конвергенції – зближення правових систем загального та континентального права. Так, М.Веселов, Т.Гуржій та В.Коваленко наводять спостереження дослідників А. Марченка, О. Чернецької, В. Шилінгова, М. Шумила про тенденції конвергенції двох правових систем, особливо в країнах Європи, де «більш помітним стає вплив міжнародного європейського права» [15, с. 14].

М.Веселов разом із співавторами у тому ж дослідженні наводять позицію С. Шевчука стосовно причин поширення нормативного впливу актів судової

влади в сучасних правових системах. Серед них, зокрема: необхідність забезпечення єдності судової практики та належного застосування правових норм; здійснення суддівського тлумачення; необхідність забезпечення реалізації конституційних норм як норм прямої дії; безпосередній судовий захист конституційних прав і свобод; заповнення прогалин та усунення колізій законодавства [15, с. 14].

А.Іванів розкриває ще один аспект конвергенції – поступовий перехід самих романо-германських країн до більш лояльного ставлення до судових прецедентів. Авторка пояснює: сучасне право вже не заперечує положення про те, що неможливо визначити і закріпити в законодавстві вичерпний перелік усієї різноманітності відносин, які потребують правового регулювання. Нездатність законодавця вчасно встигати за мінливою дійсністю є рушійною силою для розвитку суддівської нормотворчості [36, с. 38].

Н.Слотвінська, в свою чергу, також підкреслює: в юридичній науці судовий прецедент нині розуміється як рішення суду, обов'язкове для застосування під час вирішення аналогічних питань з однорідних категорій справ. У міжнародному праві судові прецеденти відіграють важливу роль у становленні нових принципів і норм права в конкретних його галузях та інститутах [111, с. 19].

О.Козинець та Н.Костюченко констатують: судовий прецедент у країнах континентального права набуває дедалі більшої значущості, з плином часу стаючи невід'ємним елементом динамічного й адаптивного правового регулювання. Норми, що встановлюють загальнообов'язкову силу прецедентів і дискреційні повноваження уповноважених органів, дедалі частіше зустрічаються як у сфері публічного, так і у сфері приватного права цих країн [54, с. 103].

Вчена Є.Жерьобкіна пропонує систематизацію ключових відмінностей між судовим прецедентом в англосаксонській та романо-германській системах. Зокрема, виявлено, що основною відмінністю є те, що судовий прецедент англосаксонської правової сім'ї може бути сформований лише одним єдиним судовим рішенням, тоді як прецедент країн романо-германської правової сім'ї

породжується низкою судових рішень і не нав'язується «зверху», а виникає внаслідок сприйняття правової позиції значною частиною юридичної спільноти. Крім того, в романо-германській системі судовий прецедент скасовується як звичайне судове рішення та оскаржується до суду вищої інстанції, тоді як в англосаксонській системі для цього передбачені спеціальні процедури [180, с. 101–102].

Виміром правової конвергенції, відзначає Р.Сако, є поступова трансформація правових систем, що традиційно належать до певного правового типу, у напрямку зближення з іншим типом. Цей напрямок конвергенційних процесів є найбільш складним і водночас найменш помітним, оскільки кожна правова традиція має власну інерцію розвитку, виробляє механізми самозбереження та формує своєрідний імунітет проти засвоєння чужорідних правових елементів. Як зазначається в компаративістських дослідженнях, схожість двох правових систем між собою суттєво інтенсифікує взаємний вплив та процеси правової імітації, як односторонні, так і взаємні, тоді як виразні відмінності між системами, навпаки, уповільнюють ці процеси [170, с. 125].

Попри зазначену інерційність, відзначає О.Волошенко, навіть у межах таких самобутніх і стійких правових традицій, як романо-германська та англосаксонська, конвергентні тенденції виявляються достатньо відчутно. У романо-германському праві спостерігається помітне зростання ролі прецедентної практики та підвищення фактичного нормативного значення судових рішень, тоді як у системах загального права, навпаки, дедалі більшого значення набуває законодавче регулювання суспільних відносин. Таким чином, обидві великі правові традиції рухаються назустріч одна одній, поступово запозичуючи інструменти та механізми, що раніше вважалися виключною ознакою протилежної системи [18, с. 125].

Подібну думку ми можемо знайти й у К.Функена, який відзначає, у сучасній порівняльно-правовій науці дедалі більшого поширення набуває позиція, відповідно до якої відмінності між романо-германською та англосаксонською правовими системами є значно перебільшеними і стосуються переважно форми, а не змісту правового регулювання. Обидві традиції

об'єднують спільна економічна основа, схожа соціальна та політична структура суспільства, близька правова культура та загальний демократичний фундамент, що дозволяє характеризувати їх як різновиди єдиної «західної буржуазно-демократичної» правової моделі. З цієї точки зору, відмінності між континентальним і загальним правом не є принциповими за своєю суттю, а зводяться здебільшого до другорядних техніко-юридичних особливостей, що не зачіпають глибинних засад правового регулювання. Серед чинників, які найбільш активно сприяють зближенню цих двох правових традицій, дослідники виокремлюють членство Великої Британії в Європейському Союзі, яке суттєво посилює взаємопроникнення континентального і загального права, а також стійку тенденцію до американізації європейського права, що набула особливої інтенсивності після Другої світової війни [147, с. 19-21].

На думку Г.Лук'янової, взаємозв'язок і взаємодія між романо-германською та англосаксонською правовими сім'ями найбільш рельєфно виявляється саме в контексті права Європейського Союзу. Обидві правові традиції розглядаються як спільна основа для вироблення загальноєвропейських правових стандартів, що формуються на ґрунті єдиної загальноєвропейської та ширшої західної правової культури. Процес європейської правової інтеграції, таким чином, безпосередньо спирається на поступове зближення цих двох правових систем, а одним із ключових чинників, що його стимулює, є інтенсивна співпраця та постійний правовий діалог між державами-членами ЄС, які належать до різних правових традицій. У ході цього процесу кожна з правових сімей справляє безперервний взаємний вплив на іншу, виконуючи схожі організаційні, техніко-юридичні та соціально-політичні функції [62, с. 8].

Отже, як бачимо з вищевикладеного, зближення романо-германської та англосаксонської правових традицій у питанні ролі судової практики та судового прецеденту не є випадковим збігом обставин, а являє собою об'єктивну закономірність сучасного правового розвитку, зумовлену глибинними процесами глобалізації, євроінтеграції та взаємопроникнення правових культур. Обидві великі правові традиції рухаються назустріч одна одній: у романо-германському праві спостерігається помітне зростання фактичного

нормативного значення судових рішень та прецедентної практики, тоді як у системах загального права дедалі суттєвішу роль відіграє законодавче регулювання. Рушійною силою цього процесу є насамперед нездатність законодавця своєчасно реагувати на мінливу правову дійсність, що об'єктивно розширює простір для суддівської нормотворчості.

Крім того, конвергенція двох правових сімей відбувається попри природну інерційність кожної правової традиції та її прагнення до самозбереження. Принциповою відмінністю між прецедентом в англосаксонській та романо-германській системах залишається механізм його формування: в системі загального права прецедент може бути утворений єдиним судовим рішенням вищої інстанції та є обов'язковим у силу доктрини *stare decisis*, тоді як у континентальному праві він виникає внаслідок поступового накопичення низки узгоджених судових рішень та сприйняття відповідної правової позиції значною частиною юридичної спільноти. Водночас, вбачається, ці відмінності дедалі більше стосуються форми, а не змісту правового регулювання, оскільки обидві системи об'єднує спільна економічна основа, схожа соціальна та політична структура суспільства і загальний демократичний фундамент.

Розгляд поняття судової практики в контексті романо-германської правової традиції та її місця серед джерел права держав Центральної Європи закономірно підводить до питання, яке набуває дедалі більшої теоретичної та практичної ваги: якою є роль судових позицій наднаціональних юрисдикцій, передусім Європейського суду з прав людини та Суду Європейського Союзу, у правових системах держав континентальної Європи? Це питання є не лише академічним, адже відповідь на нього безпосередньо визначає характер взаємодії між міжнародним і національним правом, а також обсяг зобов'язань, що покладаються на національні суди при застосуванні конвенційних та уніфікованих норм.

Якщо традиційна континентальна доктрина розглядала судову практику передусім крізь призму усталеної та узгодженої практики національних судів, то сучасний стан правового розвитку Європи суттєво ускладнює цю картину. На сьогодні поряд із внутрішньою судовою практикою кожної держави існує

потужний зовнішній чинник нормативного впливу: рішення ЄСПЛ та Суду ЄС, що формують обов'язкові або фактично обов'язкові орієнтири для національних судів. Ці рішення не вкладаються у традиційні категорії ні судового прецеденту англосаксонського зразка, ні континентальної системи, утворюючи якісно новий феномен у системі джерел права.

Саме цей феномен отримав у науковій літературі узагальнюючу назву «європейського прецедентного простору» - системи взаємопов'язаних і взаємоузгоджених судових позицій наднаціональних та національних юрисдикцій, що разом формують єдиний правозастосовний стандарт у сфері захисту прав людини та тлумачення права ЄС. Аналіз окремих аспектів цього явища, механізмів його формування та практичного значення для правових систем держав Центральної Європи і є предметом нашого подальшого дослідження.

Насамперед, особливе місце в правовій системі країн романо-германської правової сім'ї займають рішення Європейського суду з прав людини. М.Веселов наголошує: посилення на рішення ЄСПЛ національними судами є основою інтеграції міжнародного права у внутрішню правову систему держав. Принцип субсидіарності вимагає від національних судів урахувати правові позиції, викладені в рішеннях ЄСПЛ, для забезпечення ефективного захисту прав людини [15, с. 10].

В свою чергу, О.Козинець та Н.Костюченко наводять позицію дослідників В.Туманова, І.Богдановської та Н.Слотвінської, які стверджують, що під час вирішення конкретної справи ЄСПЛ посилається на свої попередні рішення із цієї чи близької категорії справ. Найбільшим авторитетом користуються рішення, які можна назвати «модельними»: у них вперше або найбільш детально висловлені відповідні правові позиції та установки Суду [54, с. 101].

Водночас Веселов М. Ю. та співавтори зазначають, що прецеденти ЄСПЛ не відповідають класичній доктрині прецедентного права (case law) і є ближчими до континентального поняття «судова практика» (jurisprudence), яка тісно пов'язана з чинними джерелами права та є уподібненою, послідовною позицією судів з питань правозастосування. Рішення ЄСПЛ, маючи особливий

наднаціональний авторитет, виявляються «своєрідними правовими стандартами із захисту прав людини єдиного правового поля Європи» [15, с. 15].

У юридичній науці, відзначає А.Іванів, питання про правову природу рішень Європейського суду з прав людини залишається дискусійним і не має однозначного вирішення. Серед правознавців відсутня єдність поглядів щодо кваліфікації таких рішень, а в науковій літературі склалися три основні теоретичні підходи: рішення ЄСПЛ розглядаються як судові прецеденти; як акти нормативного (делегованого) тлумачення; або як правозастосовні акти. Кожна з цих позицій має своїх прихильників і противників, проте видається обґрунтованою точка зору, згідно з якою рішення ЄСПЛ мають саме прецедентну природу [37, с. 63-64].

Головним аргументом на користь прецедентного характеру рішень Європейського суду з прав людини, відзначає вчена, є активне застосування ним принципу *stare decisis* у практичній діяльності. Незважаючи на відсутність формального обов'язку незмінно дотримуватися попередніх рішень, ЄСПЛ демонструє стійку тенденцію до спирання на раніше сформульовані правові позиції. Розглядаючи конкретні справи, судді систематично посилаються на попередні рішення – не лише у справах з ідентичними обставинами, а й у випадках, коли між ними виникають схожі правові питання. Сам Суд неодноразово наголошував на необхідності дотримуватися раніше сформульованих прецедентів задля забезпечення правової визначеності, передбачуваності судової практики та рівності всіх суб'єктів права перед законом. Водночас ЄСПЛ не виключає можливості перегляду або уточнення власної позиції, однак такі зміни потребують спеціального обґрунтування, саме завдяки цьому механізму забезпечується поступальний розвиток і вдосконалення конвенційного прецедентного права [37, с. 64].

Показовим прикладом є рішення ЄСПЛ у справі «Енгель та інші проти Нідерландів» (1976 р.). У цій справі Суд сформулював три критерії для визначення того, чи є особі «пред'явлено звинувачення в кримінальному злочині» в значенні ст. 6(1) ЄКПЛ: кваліфікація правопорушення згідно з національним законодавством, характер правопорушення та ступінь суворості

покарання. Ця правова позиція неодноразово цитувалась ЄСПЛ в інших релевантних справах, а на неї покладаються національні суди при розгляді аналогічних ситуацій [15, с. 13].

Отже, як бачимо, питання правової природи рішень ЄСПЛ залишається дискусійним у юридичній науці: в літературі склалися три основні підходи: розгляд таких рішень як судових прецедентів, як актів нормативного тлумачення або як правозастосовних актів. Попри відсутність наукового консенсусу, найбільш обґрунтованою видається позиція про прецедентну природу рішень ЄСПЛ: Суд систематично спирається на раніше сформульовані правові позиції, забезпечуючи правову визначеність, передбачуваність практики та рівність суб'єктів права перед законом. Водночас ЄСПЛ не виключає можливості перегляду власних позицій, що вимагає спеціального обґрунтування і забезпечує поступальний розвиток конвенційного прецедентного права.

Розглянувши деякі доктринальні підходи природи рішень Європейського суду з прав людини та механізми їх впливу на правові системи держав романо-германської традиції, варто звернутися до іншого наднаціонального судового інституту, що відіграє не менш важливу роль у формуванні єдиного європейського правового простору, – Суду Європейського Союзу. Якщо рішення ЄСПЛ діють у площині захисту прав людини та є обов'язковими для всіх держав-членів Ради Європи, то рішення Суду ЄС функціонують у принципово іншому інституційному контексті – контексті наднаціонального правопорядку Європейського Союзу, що породжує як спільні, так і принципово відмінні характеристики прецедентної природи цих двох судових органів.

На перший погляд, пишуть В.Гончаров, А.Точій та А.Іванов, можна зробити попередній висновок про домінування доктрини *stare decisis* у діяльності Суду ЄС, зважаючи на те, що він систематично спирається на власну попередню практику при здійсненні правосуддя. Проте такий висновок, на думку дослідників, є оманливим принаймні з формально-юридичної точки зору: ні установчі договори, ні Статут, ні Регламент Суду ЄС не містять легального закріплення обов'язковості попередніх рішень цього суду для наступного розгляду справ. Таким чином, *de jure* прецедентний характер рішень Суду ЄС на

рівні законодавства ЄС не закріплений, однак *de facto* його рішення цілком правомірно можуть розглядатися як прецеденти, з огляду на усталену практику їх застосування у подальшому судочинстві [21, с. 583].

Додатковим аргументом на користь прецедентного характеру рішень Суду ЄС слугує практика фактичного використання ним попередніх рішень при обґрунтуванні наступних. У цьому контексті заслуговує на увагу позиція Т.Комарової, яка влучно зазначила, що Суд ЄС доволі часто будує аргументацію своїх наступних рішень на підставі попередніх, проте без прямого посилання на них або будь-якої відповідної вказівки [50, с. 233].

Рішення Суду ЄС, відзначає А.Штефан, не є законодавчими актами у формальному розумінні, проте окремим із них надається прецедентне значення, завдяки чому такі рішення набувають властивостей правової норми та стають обов'язковими для національних судів держав-членів. Відтак питання про те, які саме рішення Суду ЄС належать до *acquis*, має важливе практичне значення. Реалізація цього завдання суттєво ускладнюється тим, що ні установчі договори, ні Статут Суду ЄС не містять жодних критеріїв, на підставі яких можна було б визначити, чи є конкретне рішення Суду ЄС прецедентом. Наслідком цієї прогалини є реальний ризик того, що національні суди можуть орієнтуватися на практику Суду ЄС, яка не має обов'язкового характеру, і водночас залишити поза увагою рішення, що дійсно є прецедентним [129, с. 66].

І, нарешті, резюмуючи, М.Веселов, Т.Гуржій та В.Коваленко висувують концепцію «європейського прецедентного простору» як сукупності взаємопов'язаних судових позицій національних та наднаціональних юрисдикцій, що формують узгоджений правозастосовний стандарт у сфері захисту прав людини. Такий простір характеризується відкритістю, багаторівневістю та взаємною рецепцією правових аргументів між судами різних рівнів, що якісно змінює класичне уявлення про роль прецеденту в системі міжнародного й національного континентального права [15, с. 15].

Отже, як бачимо, принципово іншою є ситуація з рішеннями Суду ЄС. Хоча Суд ЄС фактично будує аргументацію своїх наступних рішень на підставі попередніх, іноді навіть без прямого посилання на них, *de jure* прецедентний

характер таких рішень у законодавстві ЄС не закріплений: ані установчі договори, ані Статут, ані Регламент Суду ЄС не містять відповідних критеріїв. Це породжує реальний ризик некоректного застосування практики Суду ЄС національними судами. Концепція «європейського прецедентного простору» як сукупності взаємопов'язаних судових позицій національних та наднаціональних юрисдикцій, що формують узгоджений правозастосовний стандарт, описує якісно нову реальність, у якій класичне розмежування між прецедентним і континентальним правом набуває дедалі умовнішого характеру, передусім в умовах євроінтеграції та зближення правових систем держав Центральної Європи.

3.2. Судова практика як джерело права в умовах конвергенції правових систем держав європейського простору

Питання про можливість існування та функціонування судового прецеденту в правовій системі України є одним із найбільш дискусійних у вітчизняній юридичній науці. Дискусійність цієї проблематики зумовлена фундаментальною суперечністю між формально-юридичним положенням України як держави романо-германської (континентальної) правової сім'ї та реальними тенденціями правозастосовної практики, в якій судові рішення вищих судових інстанцій де-факто відіграють роль, що є характерною для прецеденту. Ця суперечність лише поглибилась у процесі судових реформ останніх десятиліть та набула нового виміру в контексті євроінтеграційних прагнень України.

Особливої уваги заслуговує питання про те, чи існує судовий прецедент як джерело права в правовій системі України, незважаючи на відсутність його формального законодавчого визнання. В.Ільков у своєму дослідженні, присвяченому судовій практиці як джерелу права в адміністративному судочинстві, зазначає, що під час судового розгляду справи здійснюється тлумачення норм права судом і сутність такого тлумачення відображається в судових рішеннях, у яких роз'яснюється, які норми права і з яких мотивів було застосовано саме у такий спосіб [39, с. 94]. При цьому вчений особливо акцентує

увагу на тому, що формування судової практики у сфері здійснення адміністративного судочинства нерозривно пов'язане з тлумачними функціями суду, які фактично набувають характеру нормативного орієнтиру для наступних судових рішень.

О. Берназюк у ґрунтовному дослідженні про судовий прецедент у правовій системі України приходить до висновку, що судовий прецедент є джерелом суддівської правотворчості, у процесі якої не створюється нова норма права, а визначається обов'язковий спосіб застосування норми права, виробляється єдиний підхід до вирішення суперечностей між нормами актів законодавства або заповнення прогалини у законодавчому регулюванні [7, с. 405]. Дослідник пропонує сучасне розуміння правового висновку Верховного Суду та обґрунтовує думку про те, що такий висновок характеризується значною кількістю ознак судового прецеденту: він формується під час розгляду конкретної справи судом касаційної інстанції, містить правову позицію щодо способу застосування норми права та є обов'язковим для застосування при вирішенні спорів у подібних правовідносинах. При цьому автор уточнює, що судовий прецедент можна визначити як сформульований під час розгляду конкретної справи у рішеннях судів касаційної інстанції правовий висновок стосовно способу застосування норми права, який забезпечує існування єдиного підходу у питаннях тлумачення цієї норми, вирішення суперечностей між нормами актів законодавства або заповнення прогалини у законодавчому регулюванні [7, с. 408].

Важливо зазначити, що в науковій літературі висловлюються й протилежні погляди щодо природи і місця судового прецеденту в системі джерел права України. Частина дослідників обстоює позицію, згідно з якою для правової системи романо-германської традиції прецедент є концептуально чужорідним явищем. Проте така позиція суперечить тенденціям сучасного правового розвитку, оскільки в умовах зближення правових систем межа між прецедентом та іншими формами судової правотворчості стає дедалі умовнішою.

О.Козинець та Н.Костюченко зазначають, що вітчизняне законодавство містить норми, що зобов'язують суддів підкорятися раніше ухваленим актам

вищих судових інстанцій: згідно з ч. 5, 6 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують відповідну норму права [54, с. 101].

Слотвінська Н. Д. наводить позицію Д. Кирилюка, який наголошує, що судовий прецедент звичайно не може замінити глибокий об'єктивний підхід судді до кожної конкретної справи. Він буде лише основою, керівним началом, а отже, сприятиме більш оперативному реагуванню на ту чи іншу ситуацію. Судове рішення має прийматися в певних межах, якими є справедливість, об'єктивність, гуманізм. При цьому авторка зазначає, що завдяки судовим прецедентам відбувається правове регулювання суспільних відносин, яке має як індивідуальний, так і нормативно-правовий характер; позитивним моментом прецедентного рішення є те, що воно не лише містить норму права, а й демонструє її застосування в конкретній конфліктній ситуації з прив'язкою до конкретних фактів та обставин [111, с. 20].

М.Веселов та ін. конкретизують, що в Україні обов'язковий характер мають не будь-які висновки Верховного Суду: по-перше, це обмежена нормативна дія (обов'язковість лише для суддів при вирішенні аналогічних справ, а не для всіх суб'єктів права); по-друге, обов'язкову силу має не акт судової влади загалом, а та його частина, що містить правову позицію; по-третє, нормативність акту судової влади щільно пов'язана з фактичними обставинами справи [15, с. 14].

Принципово важливим для розуміння стану судового прецеденту в Україні є аналіз підходу, запропонованого Е.Музичуком в одному з досліджень 2018 року, де він зазначає, що сьогодні у світі відбувається своєрідний правовий обмін, згідно з яким країни англо-саксонської правової системи застосовують у судовій практиці кодифіковане законодавство Європейського Союзу, а країни романо-германської системи дедалі частіше застосовують судовий прецедент. При цьому дослідник висловлює переконання, що судовий прецедент займає самостійне місце в системі джерел національного права, і на сьогодні судовий прецедент як джерело права в Україні вже використовується, що

підтверджується процесуальним законодавством, яке визначає підставою для касаційного перегляду рішення неоднакове застосування судами одного й того ж положення закону [77, с. 45]. Прямим підтвердженням існування судового прецеденту як джерела права є численні рішення Конституційного Суду України, що мають нормативно-тлумачний характер і є обов'язковими для всіх суб'єктів права.

Т. Юзько, В. Слугоцька та Л. Швець у своєму дослідженні зосереджують увагу на тому, що правові позиції Верховного Суду не лише конкретизують загальні положення закону, а й сприяють уніфікації правозастосування, створюючи орієнтири для судів нижчих інстанцій [130, с. 455]. Дослідники зауважують, що Верховний Суд, керуючись принципами верховенства права та справедливості, формує обов'язкові правові позиції для судів, що суттєво впливають на розвиток права, а в результаті судова практика набуває характеру джерела права, сприяючи вдосконаленню правової системи [130, с. 456]. Разом з тим автори підкреслюють, що попри фактичну обов'язковість і значний вплив на формування єдності судової практики, відсутність чіткого нормативного закріплення статусу правових позицій Верховного Суду як джерела права породжує правову невизначеність. Це актуалізує потребу в подальшому науково-правовому осмисленні механізмів імплементації судової практики у законодавче поле та вдосконаленні підходів до її офіційного тлумачення і застосування.

У цьому ж дослідженні автори звертають увагу на важливу новацію процесуального законодавства – обов'язок касаційних судів передавати справи до Великої Палати при відступі від правової позиції. Це свідчить про зростання ролі Верховного Суду як інституційного гаранта єдності судової практики [130, с. 455]. Зазначений механізм фактично аналогічний практиці *overruling* (скасування прецеденту) у класичній системі прецедентного права, що є додатковим аргументом на користь прецедентної природи правових позицій Верховного Суду.

В.Власенко у своєму дослідженні виокремлює два основні різновиди судового прецеденту залежно від функції, яку він виконує у правовій системі: прецеденти, що створюють нові правові положення, та прецеденти тлумачення

норм права [17, с. 29–30]. З огляду на специфіку романо-германської правової традиції, до якої належить Україна, найбільш органічним різновидом є саме прецедент тлумачення, який розвиває та деталізує положення законодавчих актів, тлумачить суперечливий зміст норм права і тим самим надає закону переконливого характеру та сприяє виробленню єдиного підходу до застосування норм законодавства [17, с. 28]. Автор також наголошує на тому, що судова практика як різновид юридичної практики має певну особливість – можливість регулювати суспільні відносини швидше за законодавчий акт, оскільки прийняття законодавчого акта потребує процедури, яка займає певний час.

В аспекті можливості існування судового прецеденту в Україні особливого значення набуває аналіз судової практики Конституційного Суду України. Так, зокрема, І.Борщевський у своєму дослідженні, звертаючись до нормативної бази, зазначає, що закріплення принципу розподілу влади в Конституції України стало правовою передумовою для визнання судової гілки влади рівноцінною із законодавчою та виконавчою [12, с. 27]. Відповідно до статті 124 Конституції України судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції, а судові рішення є обов'язковими до виконання на всій території держави. Ця конституційна норма сама по собі є важливим аргументом на користь того, що рішення судів, принаймні вищих судових інстанцій, мають юридично значущий характер, що не обмежується лише конкретною справою [12, с. 28].

Суттєвим кроком у визнанні прецедентного права в Україні стало прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року, відповідно до якого суди зобов'язані застосовувати Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права. Е.Музичук у своєму дослідженні зазначає, що цей Закон по суті легалізував прецедентне право в Україні, хоча й у специфічній, міжнародній, формі [77, с. 46]. Практика ЄСПЛ за своєю природою є, по суті, прецедентною, про що ми вже вище писали: Суд систематично посилається на свої попередні рішення при

формулюванні правових позицій у нових справах, а ці позиції стають обов'язковими орієнтирами для національних судів держав-учасниць Конвенції.

Показово, що, наприклад, В. Власенко у своєму дослідженні, спираючись на позицію С. Шевчука, зазначає, що в основі судового прецеденту лежить соціальний факт повторюваності певних суспільних відносин та специфіка людської природи: справедливим буде те судове рішення, яке не відрізняється від прийнятого раніше, за умови, що співпадають фактичні обставини справи, що розглядається [17, с. 29]. Ця ідея, ідея рівного ставлення до рівних, є фундаментом прецедентного права незалежно від правової традиції, до якої належить та чи інша правова система. Саме тому питання про судовий прецедент є актуальним для будь-якої правової системи, що прагне забезпечити рівність перед законом та передбачуваність судових рішень.

В. Ільков у своєму дослідженні щодо судової практики як джерела права в адміністративному судочинстві наголошує, що з огляду на зростаючу роль судової влади у сучасних правових системах питання про можливість визнання судової практики самостійним джерелом права потребує серйозного осмислення та законодавчого вирішення. Дослідник вказує на те, що суттю судового тлумачення є роз'яснення того, які норми права і з яких мотивів були застосовані судом у певний спосіб при вирішенні конкретної справи. Результат такого тлумачення, закріплений у судовому рішенні та підтриманий рішеннями вищих судових інстанцій, набуває нормативного значення і фактично функціонує як прецедент [39, с. 101].

Т. Юзько та ін. у своєму дослідженні, аналізуючи регуляторну роль судової практики, констатують наявність прогалин у нормативному регулюванні статусу правових позицій Верховного Суду: відсутність прямої вказівки на їх обов'язковість у законодавстві поєднується з практикою їх фактичного застосування судами. Це, на думку вчених, породжує правову невизначеність, яка вимагає як доктринального осмислення, так і вдосконалення процесуальних механізмів врахування позицій Верховного Суду. При цьому дослідники обґрунтовують необхідність визнання судової практики (зокрема правових

позицій) допоміжним або навіть самостійним джерелом права в умовах постійних правових змін і реформ [130, с. 454-455].

Для більш глибокого розуміння проблеми, на наш погляд, необхідно звернутися й до загальної характеристики різних видів прецеденту, що можуть існувати в Україні. Так, зокрема, дослідники виокремлюють: 1) вертикальний прецедент, за якого рішення вищого суду є обов'язковими для нижчих судів; 2) горизонтальний прецедент, за якого рішення того самого суду є орієнтиром для нього при вирішенні наступних справ; 3) прецедент тлумачення, що полягає у формуванні обов'язкового розуміння змісту правової норми. При цьому, всі ці три різновиди прецеденту фактично наявні в правовій системі України, хоча й без відповідного термінологічного закріплення. Правові висновки Верховного Суду є обов'язковими для нижчих судів при вирішенні аналогічних справ (вертикальний прецедент); Велика Палата Верховного Суду відступає від своїх попередніх правових позицій лише за наявності вагомих підстав та з обов'язковим обґрунтуванням (горизонтальний прецедент); а рішення Конституційного Суду України є прецедентами тлумачення конституційних норм.

В. Власенко у своєму дослідженні також констатує, що в Україні судовий прецедент – це фактично прецедент тлумачення, один з різновидів прецеденту, що виділяється у теорії права, який розвиває та деталізує положення законодавчих актів, тлумачить суперечливий зміст норм права, і тим самим надає закону переконливого характеру та сприяє виробленню єдиного підходу до застосування норм законодавства. Дослідник також зазначає, що судовий прецедент не закріплений в Україні як джерело права, але про його існування у національній правовій системі можна говорити, і це є важливим висновком, що ґрунтується на аналізі реальної правозастосовної практики [17, с. 28].

Дослідник стверджує, уявлення про те, що судовий прецедент є виключним атрибутом системи загального права, є хибним. Реальна правозастосовна практика свідчить про протилежне: судді незалежно від правової традиції, до якої належить їхня система, систематично звертаються до рішень вищих судових інстанцій при формулюванні власних рішень, а також

послугуються своїми попередніми рішеннями у схожих справах. Аналогічна закономірність простежується і стосовно адміністративного прецеденту. Водночас необхідно визнати, що прецедент, як судовий, так і адміністративний, у кожній правовій сім'ї має власні характерні властивості та ознаки, обумовлені особливостями механізму його формування та правовими традиціями відповідної системи [17, с. 29].

Важливо підкреслити, що зростання ролі судового прецеденту в Україні пов'язане не лише з внутрішніми чинниками, а й з об'єктивними процесами конвергенції правових систем. О. Дашковська у своєму дослідженні наголошує, що у країнах загального права лише частина правового регулювання здійснюється законами, тоді як норми поведінки здебільшого визначаються судами, рішення яких набувають прецедентного характеру [23, с. 35]. Шлях до формування правових положень у країнах континентальної правової сім'ї і до появи судових прецедентів в англо-саксонській правовій системі є схожим, а правоположення і судові прецеденти є близькими і за своїм характером, і за своєю правовою природою. Ця думка є концептуально важливою: вона свідчить про те, що розрив між різними правовими традиціями у підходах до ролі судових рішень є значно меншим, ніж це здається на перший погляд.

С.Панченко у своєму дослідженні також приходять до висновку, що результати судової практики виражаються, з одного боку, у перетворенні судових справ і, з іншого боку, у зміні правових норм у джерелах права, що є носіями модельних уявлень щодо здійснення правосуддя при розгляді судових справ. Останній, специфічний, результат судової практики виражається в безпосередньому створенні та використанні нових правоположень, а формальне право отримує свій природний розвиток у судовій практиці [85, с. 102]. Ця думка, як нам вбачається, відображає глибинну закономірність: будь-яка правова система, незалежно від правової сім'ї, до якої вона належить, неминуче виробляє механізми судової правотворчості, хоча і в різних формах та з різним ступенем офіційного визнання.

О. Капліна звертає увагу на те, що акти правозастосовного нормативного тлумачення, ухвалені Верховним Судом України, постанови його Пленуму, а

також опублікована практика Верховного Суду у конкретних справах можуть розглядатися як джерело права. Постанови Пленуму Верховного Суду України є взірцем правильного розуміння норм права, відіграють важливу роль у забезпеченні їх однакового тлумачення та містять принципові рекомендації з питань, що виникають у ході судового розгляду справ. Такі роз'яснення формуються на підставі вивчення та узагальнення судової практики, а також аналізу судової статистики. Реалізація Пленумом Верховного Суду повноважень щодо надання роз'яснень з питань судової практики безпосередньо впливає на формування практики всіх судів загальної юрисдикції. У своїх постановах Верховний Суд неодноразово наголошував на необхідності врахування судами положень чинних постанов Пленуму, в яких надаються рекомендації щодо правильного застосування законів при відправленні правосуддя та які приймаються з метою забезпечення правильного й однакового застосування процесуального законодавства, що підкреслює обов'язковість їх урахування у судовій практиці. Рішення судів, що ігнорують сформульовані Пленумом положення, підлягають скасуванню судом вищої інстанції у зв'язку з неправильним застосуванням закону [40, с. 352].

Крім того, не можемо забувати й про рішення Європейського суду з прав людини, які містять судові прецеденти та є обов'язковими для застосування в контексті тлумачення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Так, зокрема, на думку С. Кравченка, рівень наближення вітчизняної правової системи до європейських стандартів безпосередньо залежить від того, наскільки ґрунтовно юридична спільнота знає та розуміє практику Європейського суду з прав людини [[16]]. Ефективне застосування рішень ЄСПЛ у національному правозастосуванні сприяє гармонізації норм вітчизняного права із загальноєвропейськими стандартами у сфері прав людини, а також забезпечує належний захист прав і свобод особи в міждержавних відносинах [116, с. 218].

У своєму дослідженні Т. Анакіна наголошує, що в межах кожної національної правової системи держав-членів Європейського Союзу під впливом історичних, національних, державно-правових та інших чинників сформувалося

власне уявлення про сутність судового прецеденту і судової практики та їхню роль у регулюванні суспільних відносин. Незважаючи на це, значення прецеденту як джерела права в цих країнах об'єднує спільна риса: судовий прецедент, як правило, має переважно переконливу, а не обов'язкову силу. Водночас дослідниця вказує на зворотні тенденції: якщо у країнах загального права відбувається посилення ролі закону як джерела права, то в більшості держав-членів ЄС, що належать до романо-германської традиції, навпаки, зростає регуляторна роль судових органів. Результатом цих зустрічних процесів є поступова конвергенція романо-германського та англосаксонського права, що супроводжується підвищенням значення судового прецеденту в переважній більшості держав-членів ЄС. На думку авторки, така конвергенція зумовлена спільністю історичного підґрунтя обох систем: обидві вони сягають корінням у римське право та той правовий порядок, що сформувався згодом у Європі, а також ґрунтуються на аксіомі про належність їхніх складових частин до єдиного загальноцивілізаційного правового надбання. При цьому на розвиток прецедентного права в державах-членах ЄС, що представляють романо-германську правову систему, суттєво впливають євроінтеграційні процеси, а практика судів ЄС, насамперед Суду Правосуддя Європейських Співтовариств, безпосередньо позначається на діяльності внутрішньодержавних судів [3, с. 50-51].

Ратифікувавши Конвенцію, відзначає В. Глушков, Україна зобов'язалась враховувати практику ЄСПЛ у діяльності національних судів, а також виконувати остаточні рішення цього органу у справах за її участю. Зазначене зумовило як необхідність, так і науково-практичну доцільність дослідження відповідної судової практики. Слід підкреслити, пише вчений, що зі збільшенням часового проміжку від дати ратифікації Конвенції вплив її положень і прецедентної практики ЄСПЛ на розвиток національного законодавства та судочинства стає дедалі відчутнішим. Розглядаючи спори за участю добросовісного набувача майна, вітчизняні суди дедалі частіше застосовують не лише норми національного законодавства та правові позиції Великої Палати

Верховного Суду, а й висновки, що їх ЄСПЛ сформулював у своїх рішеннях [35, с. 78].

Як зазначає О. Грекова та Л. Доценко, практика ЄСПЛ має прецедентну природу та відповідає сутнісним ознакам судового прецеденту. Якщо раніше ця категорія традиційно пов'язувалася виключно з англосаксонською правовою системою, в якій судова практика посідає провідне місце серед джерел права, то нині прецедентні підходи дедалі ширше проникають і в романо-германську правову сім'ю. Відповідно, більшість держав-учасниць Конвенції визнають актуальність рішень Суду в контексті тлумачення її положень і активно послуговуються практикою ЄСПЛ у власному судочинстві. Узагальнення наукових позицій щодо природи судового прецеденту дозволяє виділити його характерні риси як джерела права: 1) судовий прецедент формується вищим судовим органом; 2) він є обов'язковим для застосування в аналогічних справах; 3) судовий прецедент підлягає офіційному опублікуванню [20, с. 199].

Наведені характеристики судового прецеденту дозволяють стверджувати, що практика ЄСПЛ цілком відповідає визначеним критеріям: рішення Суду формуються найвищою наднаціональною судовою інституцією у сфері захисту прав людини, підлягають офіційному опублікуванню та є обов'язковими для держав-учасниць Конвенції. Це свідчить про те, що практика ЄСПЛ за своєю правовою природою є повноцінним джерелом права, а не лише орієнтиром чи рекомендаційним матеріалом для національних судів. Водночас поступове поширення прецедентних підходів у романо-германській правовій сім'ї, до якої належить і Україна, підтверджує загальну тенденцію до зближення правових систем та підвищення ролі судової практики у правовому регулюванні. За таких умов визнання практики ЄСПЛ джерелом національного права є не лише міжнародно-правовим зобов'язанням України, а й закономірним результатом еволюції вітчизняної правової системи в контексті європейської інтеграції нашої держави.

І нарешті, відзначимо, зазначена тенденція набуває особливого значення у контексті євроінтеграційних прагнень України. Якщо визнання практики ЄСПЛ джерелом національного права є свідченням поступового проникнення

прецедентних елементів у вітчизняну правову систему, то членство в ЄС передбачає значно глибшу та системнішу взаємодію з правовими традиціями, що лежать в основі європейського правопорядку. Йдеться, по суті, про явище правової конвергенції – процесу, що охоплює не лише судову практику, а й усі складові правової системи держави.

Закріплення в Конституції України незворотності європейського та євроатлантичного курсу обумовлює необхідність наближення всіх основних складових вітчизняної правової системи до стандартів ЄС. Так, зокрема, М. Новікова, Р. Зварич та О. Дручек підкреслюють, що правова система ЄС поєднує в собі риси романо-германської та англосаксонської правових сімей, що визначає особливості її розвитку та зумовлює відповідні зміни у правових системах держав – потенційних кандидатів на членство [80, с. 162]. Відтак євроінтеграційний курс України об'єктивно спрямовує вітчизняну правову систему до одночасного засвоєння елементів обох провідних правових традицій.

Крім того, досліджуючи практичний вимір цих процесів, вчені констатують, що в умовах воєнного стану правова система України фактично звільнилась від пережитків радянського та російського імперського минулого і набула класичних ознак романо-германської правової сім'ї. Водночас визнання пріоритету Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та рішень ЄСПЛ, прийнятих на її основі, зумовлює позитивне проникнення в правову систему України елементів англосаксонської правової сім'ї. Підтвердженням цьому слугує інститут зразкових і типових рішень Верховного Суду, через запровадження якого у вітчизняній правовій системі опосередковано визнається судова правотворчість. Автори також наголошують, що в умовах воєнного стану застосування судової практики при винесенні рішень вітчизняними судами набуло обов'язкового характеру, що безпосередньо впливає на правозастосовну діяльність [32, с. 168].

Що стосується можливих негативних наслідків конвергенційних процесів для України, М. Новікова, Р. Зварич та О. Дручек особливо акцентують на ризику втрати правовою системою національної ідентичності – питанні, яке набуває особливої болючості в умовах повномасштабного збройного вторгнення з боку

Росії. У зв'язку з цим автори, посилаючись, зокрема, на позицію С. Скуріхіна [110, с. 87], наголошують, що обов'язковими умовами конвергенції правової системи України з правовою системою ЄС мають бути взаємоповага до суверенітету держав, визнання рівноправності сторін-учасниць та відмова від правової експансії [80, с. 164].

На наш погляд, конвергенційний вплив на правову систему України є незворотним і загалом позитивним явищем, однак він потребує свідомого управління з боку законодавця та правової доктрини. Зокрема, фактичне визнання судової практики джерелом права через інститут зразкових рішень вимагає належного нормативного закріплення, яке усунуло б правову невизначеність щодо обов'язковості таких рішень для судів нижчих інстанцій.

Висновки до Розділу 3

На підставі зробленого в цьому структурному підрозділі дослідження, можемо зробити ряд висновків, серед яких окремо виділимо наступні.

По-перше, судовий прецедент є правовим феноменом, що поєднує нормативність та правозастосування. Його ключовою ознакою є не формальне закріплення, а здатність правової позиції суду набувати обов'язкової сили при вирішенні аналогічних справ. Центральними елементами прецеденту є *ratio decidendi* – принцип, покладений в основу рішення та *obiter dictum* – фактичне рішення, що саме по собі не є обов'язковим для майбутніх справ.

По-друге, класична англійська модель прецедентного права, заснована на доктрині *stare decisis*, є найбільш жорсткою, проте й вона поступово трансформується під впливом зростання ролі законодавства та міжнародного права. Навіть у цій системі діють механізми гнучкості, скасування та розрізнення, що дозволяють адаптуватись до нових суспільних умов.

По-третє, у країнах романо-германської правової сім'ї судовий прецедент офіційно не визнається основним джерелом права, проте фактично функціонує у вигляді «усталеної судової практики» (*jurisprudence constante*). Швейцарія є унікальним прикладом, де прецедент прямо закріплено в законодавстві; у Франції та Іспанії він розглядається як «доповнення» до закону; у Німеччині

через концепцію «послідовної судової практики» прецедент набуває фактично обов'язкової сили після шестиразового підтвердження в рішеннях Федерального верховного суду.

По-четверте, незважаючи на відсутність формального законодавчого визнання судового прецеденту як самостійного джерела права в Україні, його фактичне існування у вітчизняній правовій системі не викликає сумнівів. Правові висновки Верховного Суду, рішення Конституційного Суду України нормативно-тлумачного характеру та практика ЄСПЛ у своїй сукупності утворюють розгалужену систему прецедентних орієнтирів, що справляють визначальний вплив на правозастосовну діяльність судів усіх інстанцій. При цьому найбільш органічним різновидом прецеденту для романо-германської правової традиції є прецедент тлумачення, який не підміняє закон, а розвиває і деталізує його положення, забезпечуючи єдність правозастосування.

По-п'яте, правова система України демонструє всі три різновиди судового прецеденту: вертикальний – через обов'язковість висновків Верховного Суду для нижчих судів; горизонтальний – через механізм відступу Великої Палати від попередніх правових позицій виключно за наявності вагомих підстав; та прецедент тлумачення – через нормативно-тлумачні рішення Конституційного Суду України. Це свідчить про те, що інституційна інфраструктура прецедентного права в Україні фактично сформована, хоча й без відповідного термінологічного та нормативного закріплення.

В той же час, ключовою проблемою, що потребує невідкладного вирішення, залишається правова невизначеність щодо нормативного статусу правових позицій Верховного Суду. Поєднання їх фактичної обов'язковості з відсутністю чіткого законодавчого закріплення цього статусу створює передумови для непослідовного правозастосування та ускладнює реалізацію принципу правової визначеності. Подолання цієї суперечності через законодавче визнання судової практики вищих судових інстанцій допоміжним або самостійним джерелом права є, на наш погляд, першочерговим завданням як для законодавця, так і для правової доктрини.

По-шосте, ЄСПЛ відіграє роль ключового каталізатора конвергенції правових систем Європи. Його рішення, не будучи прецедентом у класичному розумінні, фактично формують загальноєвропейські стандарти захисту прав людини і є обов'язковими для всіх держав – сторін ЄКПЛ. Це стало підставою для концепції «європейського прецедентного простору» - сукупності взаємопов'язаних судових позицій національних та наднаціональних юрисдикцій, що формують узгоджений правозастосовний стандарт.

Визнання практики ЄСПЛ джерелом національного права України на підставі Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року стало, по суті, першою легалізацією прецедентного права в Україні у його міжнародно-правовому вимірі. Прецедентна природа практики ЄСПЛ, обов'язковість якої для держав-учасниць Конвенції є беззаперечною, органічно вписується у загальну систему судових орієнтирів вітчизняного правозастосування та сприяє поступовій гармонізації національної судової практики із загальноєвропейськими стандартами захисту прав людини.

По-сьоме, конвергенція правових систем є реальним правовим процесом, рушійними силами якого є: глобалізація, неможливість законодавця охопити всю різноманітність суспільних відносин, необхідність єдності правозастосування та вплив міжнародного права. У результаті судовий прецедент набуває в континентальному праві власної ніші – не як замітник закону, а як його невід'ємне доповнення й інструмент адаптації правової системи до динамічних суспільних відносин.

Вважаємо, зростання ролі судового прецеденту в Україні є проявом об'єктивних конвергенційних процесів між романо-германською та англосаксонською правовими сім'ями, що особливо посилюються в умовах євроінтеграційного курсу держави та воєнного стану. Правова система ЄС, до стандартів якої наближається Україна, органічно поєднує елементи обох провідних правових традицій, що робить сприйняття прецедентних підходів не лише можливим, але й необхідним для повноцінної інтеграції вітчизняної правової системи в європейський правовий простір. При цьому конвергенція має

здійснюватися з дотриманням суверенітету держави та збереженням національної правової ідентичності.

ВИСНОВКИ

На основі є комплексного порівняльно-правового аналізу судової практики як джерела романо-германського права у державах Центральної Європи, з'ясування теоретико-методологічних засад її дослідження, розкриття особливостей судової правотворчості та конвергенційних процесів у правових системах зазначених держав, а також визначення значення цього досвіду для реформування правової системи України, автор прийшов до ряду висновків, серед яких:

1. Встановлено, що поняття «джерело права» належить до найбільш дискусійних категорій як загальної теорії права так і філософії права (попри те, що цей термін використовується у юридичній науці впродовж понад двох тисячоліть, єдиного загальновизнаного його визначення так і не вироблено). Різні наукові школи та напрями вкладають у це поняття принципово відмінний зміст, що зумовлює широкий спектр його тлумачень. На нашу думку, багатозначність терміна «джерело права» не є випадковою, а відображає справжню складність і багатовимірність самого феномену права, внаслідок чого питання про першооснову права все ще залишається відкритим навіть в умовах глобалізації та зближення правових систем.

Проведений аналіз лише певної частини наукової фахової юридичної літератури дає нам підстави стверджувати, що поняття «джерело права» вживається щонайменше у трьох основних значеннях: ідеальному (правосвідомість, природне право, правова ідеологія), матеріальному (соціально-економічні умови суспільного життя, чинники правоутворення) та формально-юридичному (зовнішні форми вираження та закріплення правових норм). При цьому, скоріш за все, кожне з цих значень відображає певний аспект правової реальності і не може розглядатися як самодостатнє без урахування інших.

Дослідження джерел права має не лише теоретичне, а й виражене практичне значення, адже від розуміння природи та сутності джерел права залежить ефективність правового регулювання суспільних відносин. Саме у

формально-юридичному значенні поняття «джерело права» набуває найбільшої практичної значущості, оскільки дозволяє визначити ієрархію правових актів та механізми їх застосування, в тому числі і судову практику. Водночас зведення джерел права виключно до їхніх формальних проявів є, на наш погляд, методологічно обмеженим підходом, що не враховує ціннісно-ідеологічних, соціальних та суб'єктивних чинників правоутворення, які відіграють визначальну роль у формуванні змісту правових норм у сучасних демократичних правових системах.

2. З'ясовано, що у науковому середовищі склалася значна кількість класифікаційних підходів до джерел права, заснованих на різних критеріях: юридичній силі, поширеності в правових сім'ях, способах надання юридичної значущості, відповідності певній моделі джерел права, функціональних зв'язках між елементами системи тощо. При цьому автори відповідних класифікацій нерідко відносять ті самі джерела до діаметрально протилежних груп, не обґрунтовуючи обраних критеріїв, що породжує термінологічну невизначеність і ускладнює порівняльний аналіз наявних наукових позицій. Така класифікаційна неузгодженість, на наш погляд, є закономірним відображенням відсутності єдиної методологічної основи для дослідження системи джерел права, а її практичним наслідком є труднощі у правозастосовній діяльності, зокрема при визначенні ієрархії джерел права та вирішенні колізій між ними.

Система джерел права не є статичним утворенням, а характеризується безперервною динамікою, що зумовлена постійним розвитком суспільних відносин. Перехід від моністичного до плюралістичного розуміння системи джерел права, що відбувся в пострадянських правових системах, є закономірним наслідком демократичних перетворень та переорієнтації на засади верховенства права. Водночас, попри суттєве розширення кола визнаних джерел права, традиційні радянські класифікаційні схеми, орієнтовані виключно на нормативно-правовий акт, значною мірою зберігають свій вплив на вітчизняну правову доктрину та практику, що свідчить про недостатнє звільнення юридичної науки від спадщини нормативістської ідеології.

Специфіка системи джерел права конкретної держави нерозривно

пов'язана з її приналежністю до тієї чи іншої правової сім'ї. Так, Україна, формально належачи до романо-германської правової сім'ї, зберігає значний розрив між «духом» закону (матеріальними джерелами права) та його «буквою» (системою формальних джерел), що зумовлено недостатнім звільненням вітчизняної правової доктрини від впливу радянської правової ідеології. Подолання цього розриву через законодавче визнання ширшого кола джерел права, в першу чергу судової практики, є нагальним завданням як теоретичної, так і прикладної юриспруденції, що своєю чергою сприятиме як підвищенню ефективності правового регулювання суспільних відносин, так і забезпеченню єдності судової практики в Україні.

3. Виявлено, що попри широке використання поняття «судова практика» як у вітчизняній, так і в зарубіжній юридичній науці, єдиного та загальновизнаного розуміння його змісту, форм вираження та правової природи досі не вироблено. Як нам вбачається, ця термінологічна невизначеність є не випадковою, а зумовленою об'єктивною складністю та багатоплановістю самого явища. Водночас потреби правової теорії та юридичної практики неухильно вимагають формування цілісного наукового уявлення про цей феномен.

4. Доведено, що судова правотворчість є різновидом правотворчої діяльності, якому притаманні всі сутнісні ознаки останньої, однак зі специфічними особливостями: суб'єктом є судовий орган, правотворчість є для нього додатковою функцією, а її здійснення потребує або законодавчого санкціонування, або мовчазного визнання з боку представницьких органів влади. При цьому межа між судовим тлумаченням і правотворчістю є надзвичайно тонкою і рухливою, а визначальним принципом судової правотворчості має залишатися самообмеження – правотворча функція суду може реалізовуватися лише тоді і тією мірою, коли захист прав людини неможливий без формулювання нового правоположення нормативного характеру. Досвід окремих країн Центральної Європи підтверджує, що саме таке розуміння меж судової правотворчості забезпечує її легітимність і суспільне сприйняття.

5. Обґрунтовано, що континентальне право, в межах якого функціонує

правова система більшості країн Центральної Європи, дедалі частіше стикається з об'єктивною неможливістю своєчасно врегулювати нові суспільні відносини виключно шляхом законотворчості. Стрімкий розвиток технологій, економічних відносин і соціальної реальності неминуче породжує законодавчі прогалини та «виключні правові проблеми», подолання яких стає можливим лише через механізм судової правотворчості. Саме тому, цілком вірним є твердження про те, що визнання судової правотворчості органічним елементом динамічної правової системи, а не відхиленням від континентальної традиції, є запорукою ефективного правосуддя та реального утвердження верховенства права.

6. Розмежовано поняття «судовий прецедент» і «судова практика» як самостійні правові категорії, які не можуть використовуватися як взаємозамінні синоніми. Їхнє співвідношення слід розглядати як співвідношення загального та конкретного: судова практика є ширшою категорією, що охоплює сукупність усієї правозастосовної, інтерпретаційної та правотворчої діяльності судів, тоді як судовий прецедент є її конкретним, нормативно значущим проявом – правовим висновком щодо способу застосування норми права, виробленим під час розгляду конкретної справи. При цьому, термінологічна різниця між цими поняттями відображає також їхню різну правову природу та функціональне призначення в системах загального і континентального права, що зумовлено різними умовами їхнього історико-правового становлення та розвитку.

7. Визначено, що у правових системах країн Центральної Європи судовий прецедент формально не визнається основним джерелом права, однак фактично існує у вигляді прецеденту-тлумачення. Рішення конституційних і верховних судів цих держав, формуючи єдині підходи до тлумачення правових норм і усуваючи законодавчі прогалини, набули *de facto* прецедентного значення. Поряд із цим дедалі більшу роль у правових системах Центральної Європи відіграє судова доктрина, яка фактично виконує функцію «м'якого» прецеденту – забезпечує передбачуваність і послідовність правосуддя без формального відступу від континентальної традиції верховенства закону.

8. Підтверджено, що судова влада в сучасних демократичних державах є

не лише інструментом вирішення правових конфліктів, а й рівноправним і самостійним суб'єктом механізму стримувань і противаг, покликаним забезпечувати інституційний баланс між законодавчою та виконавчою гілками влади. Конституційне закріплення принципу поділу влади та гарантій незалежності судових органів є необхідною, але не достатньою умовою реального функціонування цього механізму, вирішального значення набуває фактична спроможність судової влади здійснювати контроль за конституційністю актів інших гілок влади та виступати арбітром у міжінституційних конфліктах. Саме це визначає судову владу як центральний елемент сучасної конституційної архітектури правової держави. Місце судової влади в механізмі стримувань і противаг безпосередньо зумовлює характер і обсяг її нормотворчого впливу. Конституційні суди, скасовуючи законодавчі акти або надаючи їм обов'язкове тлумачення, фактично здійснюють функцію негативного, а нерідко й позитивного законодавця, формуючи нормативний зміст правової системи. Суди загальної юрисдикції та адміністративні суди, у свою чергу, заповнюють прогалини в законодавстві та виробляють усталені правові позиції, що набувають загальнообов'язкового значення для подальшого правозастосування. Таким чином, реальне місце судової влади в конституційному устрої держави (ступінь її незалежності, повнота повноважень і механізми виконання судових рішень) є визначальним чинником того, чи набуває судова практика статусу самостійного джерела права, а не залишається лише формою конкретизації законодавчих норм.

9. Розкрито, що праворозуміння є не лише академічною категорією, а й визначальною методологічною передумовою для вирішення прикладного питання про систему джерел права. Плюралізм наукових концепцій праворозуміння, від нормативістських до природно-правових та інтегративних, не є свідченням теоретичної невизначеності, а відображає об'єктивну складність права як соціального феномену, що поєднує в собі нормативний, ціннісний та практично-регулятивний виміри. При цьому, жодна з розглянутих нами концепцій не дає змоги зрозуміти природу сучасного права у його повноті, якщо застосовується ізольовано: право одночасно є і системою норм, і втіленням

цінностей, і результатом живої правозастосовної практики. Саме ця багатовимірність права зумовлює необхідність переосмислення традиційного переліку його джерел. Якщо визнати, що право не вичерпується офіційно встановленими нормами, а включає також ті регулятивні утворення, що виникають у процесі правозастосування, то судова практика набуває принципово іншого статусу: вона перестає бути лише «дзеркалом» законодавства і постає як самостійний спосіб формування правових правил. У державах Центральної Європи, де нормативістська традиція тривалий час унеможлиблювала таке визнання, поступова трансформація праворозуміння в напрямі інтегративних підходів, підкріплена конституційними реформами та євроінтеграційними процесами, створила теоретичні та практичні умови для фактичного, хоча нерідко доктринально невизнаного, правотворчого значення судових рішень.

10. Охарактеризовано судовий прецедент як правовий феномен, що поєднує нормативність та правозастосування. Його ключовою ознакою є не формальне закріплення, а здатність правової позиції суду набувати обов'язкової сили при вирішенні аналогічних справ. Центральними елементами прецеденту є *ratio decidendi* – принцип, покладений в основу рішення та *obiter dictum* – фактичне рішення, що саме по собі не є обов'язковим для майбутніх справ. Класична англійська модель прецедентного права, заснована на доктрині *stare decisis*, є найбільш жорсткою, проте й вона поступово трансформується під впливом зростання ролі законодавства та міжнародного права. Навіть у цій системі діють механізми гнучкості, скасування та розрізнення, що дозволяють адаптуватись до нових суспільних умов. В той же час, у країнах романо-германської правової сім'ї судовий прецедент офіційно не визнається основним джерелом права, проте фактично функціонує у вигляді «усталеної судової практики» (*jurisprudence constante*). Швейцарія є унікальним прикладом, де прецедент прямо закріплено в законодавстві; у Франції та Іспанії він розглядається як «доповнення» до закону; у Німеччині через концепцію «послідовної судової практики» прецедент набуває фактично обов'язкової сили після шестиразового підтвердження в рішеннях Федерального верховного суду.

11. Констатовано, що попри відсутність формального законодавчого визнання судового прецеденту як самостійного джерела права в Україні, його фактичне існування у вітчизняній правовій системі не викликає сумнівів. Правові висновки Верховного Суду, рішення Конституційного Суду України нормативно-тлумачного характеру та практика ЄСПЛ у своїй сукупності утворюють розгалужену систему прецедентних орієнтирів, що справляють визначальний вплив на правозастосовну діяльність судів усіх інстанцій. При цьому найбільш органічним різновидом прецеденту для романо-германської правової традиції є прецедент тлумачення, який не підміняє закон, а розвиває і деталізує його положення, забезпечуючи єдність правозастосування. Правова система України демонструє всі три різновиди судового прецеденту: вертикальний – через обов'язковість висновків Верховного Суду для нижчих судів; горизонтальний – через механізм відступу Великої Палати від попередніх правових позицій виключно за наявності вагомих підстав; та прецедент тлумачення – через нормативно-тлумачні рішення Конституційного Суду України. Це свідчить про те, що інституційна інфраструктура прецедентного права в Україні фактично сформована, хоча й без відповідного термінологічного та нормативного закріплення. В той же час, ключовою проблемою, що потребує невідкладного вирішення, залишається правова невизначеність щодо нормативного статусу правових позицій Верховного Суду. Поєднання їх фактичної обов'язковості з відсутністю чіткого законодавчого закріплення цього статусу створює передумови для непослідовного правозастосування та ускладнює реалізацію принципу правової визначеності. Подолання цієї суперечності через законодавче визнання судової практики вищих судових інстанцій допоміжним або самостійним джерелом права є, на наш погляд, першочерговим завданням як для законодавця, так і для правової доктрини.

12. Встановлено, що ЄСПЛ відіграє роль ключового каталізатора конвергенції правових систем Європи. Його рішення, не будучи прецедентом у класичному розумінні, фактично формують загальноєвропейські стандарти захисту прав людини і є обов'язковими для всіх держав – сторін ЄКПЛ. Це стало підставою для концепції «європейського прецедентного простору» – сукупності

взаємопов'язаних судових позицій національних та наднаціональних юрисдикцій, що формують узгоджений правозастосовний стандарт. Визнання практики ЄСПЛ джерелом національного права України на підставі Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року стало, по суті, першою легалізацією прецедентного права в Україні у його міжнародно-правовому вимірі. Прецедентна природа практики ЄСПЛ, обов'язковість якої для держав-учасниць Конвенції є беззаперечною, органічно вписується у загальну систему судових орієнтирів вітчизняного правозастосування та сприяє поступовій гармонізації національної судової практики із загальноєвропейськими стандартами захисту прав людини.

13. Доведено, що конвергенція правових систем є реальним правовим процесом, рушійними силами якого є: глобалізація, неможливість законодавця охопити всю різноманітність суспільних відносин, необхідність єдності правозастосування та вплив міжнародного права. У результаті судовий прецедент набуває в континентальному праві власної ніші – не як замітник закону, а як його невід'ємне доповнення й інструмент адаптації правової системи до динамічних суспільних відносин. Вважаємо, зростання ролі судового прецеденту в Україні є проявом об'єктивних конвергенційних процесів між романо-германською та англосаксонською правовими сім'ями, що особливо посилюються в умовах євроінтеграційного курсу держави та воєнного стану. Правова система ЄС, до стандартів якої наближається Україна, органічно поєднує елементи обох провідних правових традицій, що робить сприйняття прецедентних підходів не лише можливим, але й необхідним для повноцінної інтеграції вітчизняної правової системи в європейський правовий простір. При цьому конвергенція має здійснюватися з дотриманням суверенітету держави та збереженням національної правової ідентичності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Алаїс С. І. Проблема праворозуміння в основних школах права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2005. 20 с.
2. Анакіна Т. М. Судовий прецедент у праві Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 – міжнародне право; Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. Х., 2008.
3. Анакіна Т. М. Прецедентні рішення Суду Європейських Співтовариств у становленні правопорядку ЄС. Підприємництво, господарство і право. 2008. № 2. С. 49–52.
4. Андрусак Т. Г. Теорія держави і права. Львів, 1997. 295 с.
5. Барак А. Суддівський розсуд. Київ: Вид. «Центр учбової літератури», 2022. 320 с.
6. Белінська С. М. Судова правотворчість як особливий вид правотворчості. С. 10–12. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/server/api/core/bitstreams/1acc6c0b-6305-4a19-9c61-5263c6c73fae/content>
7. Берназюк О. О. Судовий прецедент у правовій системі України: сучасні підходи до визначення поняття. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2023. Т. 1. № 80. С. 403–410. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2023.80.1.60>. URL: <https://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/view/297141/290064>
8. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США; пер. з англ. Вид-во «Україна». Київ, 1999. 311 с.
9. Бисага Ю. М., Белов Д. М., Натуркач Р. П. Правотворчість судової влади при здійсненні правосуддя як джерело виборчого права. Аналітично-порівняльне правознавство. 2023. № 2. С. 11–16. URL: <https://journal-app.uzhnu.edu.ua/article/view/281170>
10. Белов Д. М. Парадигма українського конституціоналізму : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02. Харків, 2012. 496 с.

11. Білоус А. О. Політико-правові системи. Світ і Україна. Київ, 1997. 200 с.
12. Борщевський І. В. Судова практика як джерело права в Україні. Вісник Одеського національного університету імені І. І. Мечникова. 2012. Т. 17. Вип. 7. С. 26–32. URL: <https://journals.visnyk-onu.od.ua/index.php/law/article/view/273/268>
13. Ватрас В. До питання про критерії класифікації джерел сімейного права. Актуальні проблеми правознавства. 2019. № 4. С. 159–163. URL: <https://appj.wunu.edu.ua/index.php/appj/article/view/896/883>
14. Вертегел Є. П., Посашкова В. С. Судова практика як джерело права: теоретико-правове дослідження. Юридичний науковий електронний журнал. 2020. № 2. С. 18–21. URL: https://lsej.org.ua/2_2020/5.pdf
15. Веселов М. Ю., Гуржій Т. О., Коваленко В. Л. Статус та роль судового прецеденту в країнах європейського континентального права. Правовий часопис Донбасу. 2025. № 4 (93). С. 10–16. DOI: <https://doi.org/10.32782/2523-4269-2025-93-10-16>
16. Від знання та розуміння практики ЄСПЛ залежить те, наскільки впевнено ми наближатимемо нашу правову систему до європейських стандартів – Голова ВС. Верховний Суд. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/prescentr/news/1593606/>
17. Власенко В. В. Співвідношення понять «судовий прецедент» та «судова практика»: теоретико-правові аспекти. Київський часопис права. 2021. № 1. С. 27–33. DOI: <https://doi.org/10.32782/klj/2021.1.4>. URL: <https://kyivchasprava.kneu.in.ua/index.php/kyivchasprava/article/view/5/4>
18. Волошенюк О. В. Процеси конвергенції в сучасних правових системах. Форум права. 2009. № 3. С. 123–128. URL: <http://www.nbuuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-2/09vovcpc.pdf>
19. Городовенко В. Інституційна незалежність судової гілки влади в Україні: конституційно-правовий аспект. Вісник Конституційного Суду України. 2021. № 1. С. 81–92. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/library/gorodovenko_v._instytuciyna_nezalezhni_st_sudovoyi_gilky_vlady_v_ukrayini_konstytuciyno-pravovyyu_aspekt_0.pdf

20. Грекова О. О., Доценко Л. В. Практика Європейського суду з прав людини як джерело права в Україні: проблемні питання. Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління. 2021. № 2(14). С. 198–204. DOI: [https://doi.org/10.32689/2617-9660-2021-2\(14\)-198-204](https://doi.org/10.32689/2617-9660-2021-2(14)-198-204).
21. Гончаров В. О., Точій А. О., Іванов А. Г. Прецедентний характер рішень Суду Європейського Союзу. Юридичний науковий електронний журнал. 2021. № 10. С. 582–584. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-10/151>. URL: https://www.lsej.org.ua/10_2021/153.pdf
22. Гураленко Н. А. Судовий прецедент в системі джерел права: філософсько-правовий аспект: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.12 – філософія права. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009.
23. Дашковська О. В. Судовий прецедент і судова практика як джерела права. Вісник Національної академії правових наук України. 2011. № 1(64). С. 34–41. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/server/api/core/bitstreams/79d01da8-6321-49ce-bb45-271e4c3670fe/content>
24. Дідич Т. О. Правоутворення в Україні: теоретико-правові та практичні аспекти : Монографія. К. : Видавництво Ліра-К, 2017. 492 с.
25. Джуринський О. В. Нетрадиційні джерела господарського права України. Право і громадянське суспільство. 2015. № 2 (11). URL: <http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-11-2015/item/214-netradytysiyni-dzherela-hospodarskoho-prava-ukrayiny-dzhurynskiyi-o-v>.
26. Дрішлюк А. І. Про визначення місця судового прецеденту в системі джерел цивільного права України. Університетські наукові записки : часопис Хмельницького ун-ту управління та права. 2005. № 3. С. 72–75.
27. Дудаш Т. Праворозуміння: антропологічна сутність. Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи) : статті учасників Другого всеукраїнського «круглого столу» (Львів, 1–2 грудня 2006 р.). Львів : Край, 2007. С. 131–144.

28. Дунас О. І. Наукові підходи щодо визначення соціальної природи права. Вчені записки Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського. Серія «Юридичні науки». 2012. Том 25. № 1. С. 24–30.
29. Дворкін Р. Серйозний погляд на права / Пер. з англ. А. Фролкін. К.: Основи. 2000. 519 с.
30. Задирака Н. Ю. Сутність джерел права у сфері правової охорони публічного майна. Адміністративне право і процес. 2016. № 1(15). С. 13–22. URL: <https://www.applaw.net/index.php/journal/article/view/146>
31. Загальна теорія держави і права (основні поняття, конструкції та наукові концепції): Навч. посібник / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. К., 2008. 441 с.
32. Зварич Р. В., Дручек О. В., Новікова М. М. Правова система України в парадигмі англосаксонської правової сім'ї в умовах воєнного стану. Юридичний науковий електронний журнал. 2023. № 10. С. 168–171. URL: http://lsej.org.ua/10_2023/168.pdf.
33. Зміївська С. С. Судова практика як джерело формування й розвитку права. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. 2015. Вип. 14. Т. 1. С. 27–28. URL: https://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc14/part_1/10.pdf
34. Журавська О. Джерела формування права: окремі методологічні аспекти. Університетські наукові записки. 2020. Т. 19. № 1 (73). С. 35–44. DOI: <https://doi.org/10.37491/UNZ.73.3>. URL: https://www.unz.univer.km.ua/index.php/unz/uk/article/view/73_35-44/pdf
35. Глушков В. О. Практика Європейського суду з прав людини як джерело права при розгляді спорів з добросовісним набувачем майна. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2024. Вип. 86, ч. 2. С. 76–81. URL: <https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2025/01/14-1.pdf>
36. Іванів А. Р. Судовий прецедент в романо-германській правовій сім'ї. Аналітично-порівняльне правознавство. 2024. № 2. С. 35–43. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2024.02.4>

37. Іванів А. Р. Прецедентний характер рішень Європейського суду з прав людини та їх місце в системі вітчизняного права. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2025. Т. 1. № 89. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2025.89.1.8>. URL: <https://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/view/335397>
38. Іванюра І. С., Шевченко Д. В., Сівець А. С. Судова правотворчість: природна особливість правосуддя чи його аномалія? Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2021. № 67. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.67.56>. URL: <https://visnyk-pravo.uzhnu.edu.ua/article/view/250442/247899>
39. Ільков В. В. Судова практика як джерело права в адміністративному судочинстві України: поняття та особливості. Слово Національної школи суддів України. 2017. № 1(18). С. 94–104. URL: https://slovo.nsj.gov.ua/images/pdf/2017_1_18/Ilkov%20V.%20Sudova%20praktyka.pdf
40. Капліна О. В. Правотворча роль судової практики у кримінальному судочинстві. Проблеми законності : респ. міжвідом. наук. зб. 2009. № 100. С. 351–352.
41. Кельман М. С. Загальна теорія держави та права : підручник. 3-тє вид. Л. : Новий світ-2000, 2007. 584 с.
42. Кібенко О. Яку модель судової системи ми будуємо в Україні? Юридичний Інтернет-ресурс «Протокол». URL: https://protocol.ua/ua/yaku_model_sudovoi_sistemi_mi_buduemo_v_ukraini/.
43. Кізлова О. С. Категорії «судовий прецедент» та «судова практика» у системі джерел цивільного права. Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини : матер. 2-ї Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 20–21 вересня 2013 р.) / за ред. С. В. Ківалова ; НУ «ОЮА». Одеса : Фенікс, 2013. С. 356–364. URL: <https://dspace.onua.edu.ua/server/api/core/bitstreams/b62f98df-fb4e-4a93-beb4-bdf3b1cc87e6/content>

- 44.Кіска Т. М. Місце судової влади в системі стримувань і противаг: теоретико-правові засади. Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія: Право. 2025. Вип. 92, ч. 1. С. 92–98. URL: <https://visnyk-juris-uzhnu.com/s/arhiv>
- 45.Кіска Т. М. Праворозуміння як методологічна основа визначення місця судової практики в системі джерел права: актуальні питання. Аналітично-порівняльне правознавство. 2026. Вип. 1. С. 212–216. DOI: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2026.01.1.6>
- 46.Кіска Т. М. Поняття «джерело права» в сучасній правовій доктрині: актуальні підходи та значення для правового регулювання. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2026. Вип. 93, ч. 5. С. 491–497. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2026.93.5.64>
- 47.Кіска Т. М. Судова практика як джерело права: теоретичні засади та практичні виміри в умовах правової конвергенції. Трансформація освіти у цифрову епоху: матеріали міжнар. правової школи (м. Ужгород, 30 трав. 2025 р.). Ужгород: Ужгородський національний університет, 2025. С. 71–81.
- 48.Клабан В. Сучасна система джерел права України: деякі теоретичні та практичні аспекти. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2015. Вип. 61. С. 24–29. URL: <https://publications.lnu.edu.ua/bulletins/index.php/law/article/viewFile/192/197>
- 49.Колодій А., Колодій О. Праворозуміння: теорія, політика, практика. Вісник Академії правових наук України. 2010. № 3 (62). С. 12–18.
- 50.Комарова Т. В. Рішення Суду Європейських Співтовариств: питання судового активізму. Проблеми законності. 2008. Вип. 94. С. 232–238.
- 51.Корольова Ю. В. Джерела права: багатоманітність наукового розуміння та єдність сутності. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2015. Вип. 31. Т. 1. С. 10–13. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/server/api/core/bitstreams/1d618521-4fa0-4986-8ecc-724328e07cf5/content>
- 52.Котюк В. О. Теорія права. Курс лекцій. Київ: Вентурі, 1996. 208 с.

53. Коцкулич В. В. Роль незалежності судової влади в механізмі стримувань і противаг. Порівняльно-аналітичне право. 2017. № 6. С. 390–391. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/27447>
54. Козинець О. Г., Костюченко Н. Д. Судовий прецедент як джерело конституційного права зарубіжних країн. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2023. Вип. 75. Ч. 1. С. 99–103. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.75.1.16>
55. Козюбра М. І. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. Право України. 2016. № 10. С. 40–48.
56. Кравцов І. Поняття та основні типи праворозуміння. European Political and Law Discourse. 2018. Vol. 5, Issue 5. С. 18–20. URL: <https://eppd13.cz/wp-content/uploads/2018/2018-5-5/12.pdf>
57. Кривов'яз О. М. Система джерел цивільного права України. Право і суспільство. 2015. № 6-2, ч. 3. С. 59–64. URL: <https://elar.navs.edu.ua/server/api/core/bitstreams/b3795a85-0b62-4331-a8b9-0d0cd9174222/content>
58. Кучук А. М. Праворозуміння, розуміння права: гносеологічні застороги. Юридичний науковий електронний журнал. 2016. № 3. С. 18–20.
59. Куцин М. М. Судова влада в системі поділу влади у контексті її самостійності. Держава і право: збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. 2006. Вип. 34. С. 153–159.
60. Лемак О. В. Право на незалежний і безсторонній суд у контексті захисту прав людини й основоположних свобод. Конституційно-правові академічні студії. 2015. Вип. 1. С. 78-88. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/kpac_2015_1_11
61. Лісна І. С. Загальнотеоретичний підхід до визначення понять «судова влада» та «судова система». Прикарпатський юридичний вісник. 2018. Вип. 2(23). С. 3–7. URL: https://pjuv.nuoua.od.ua/v2_2018/3.pdf
62. Лук'янова Г. Ю. Залежність компліментарності праворозуміння від гетерогенності джерел права. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. 2013. № 4. С. 3–12.

63. Луцький Р. П. Ієрархічність правових джерел (нормативних актів) як відображення буття позитивного права. Часопис Київського університету права. 2012. № 2. С. 18–21. URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_2/18.pdf
64. Лютіков П., Дояр В. Висновки Верховного Суду щодо застосування норм права як носіїв загальнообов'язкових зразків правильного правозастосування. Податкові спори в адміністративному судочинстві: Збірник тез доповідей П'ятої Міжнародної науково-практичної конференції «Адміністративна юстиція в Україні: проблеми теорії та практики» (м. Київ, 4–5 липня 2022 року). Київ: «Компанія „ВАІТЕ"», 2022. 240 с.
65. Магновський І. Особливості трактування сучасної системи джерел права України. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». 2017. Вип. 4, № 876 (15). С. 68–74. URL: <https://science.lpnu.ua/uk/law/vsi-vypusky/vypusk-4-nomer-876-15-2017>
66. Майданик Р. Загальна характеристика судового прецеденту в праві України. Юридична Україна. 2012. № 12. С. 41–50. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2012_12_9
67. Макаренко Л. П. Співвідношення понять «джерело права» та «форма права»: теоретико-понятійний аспект. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. № 6. Т. 1. С. 28–30. URL: https://apnl.dnu.in.ua/6_2018/tom_1/8.pdf
68. Малишев Б. В. Судова правотворчість у контексті судової реформи в Україні. Право України. 2017. № 6. С. 34–38. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/prukr_2017_6_6
69. Малишкіна Н. О. Судова влада в системі стримувань та противаг: гарантії функціонування і взаємодія з іншими гілками влади. Проблеми законності. 2018. Вип. 143. С. 39–50. DOI: 10.21564/2414-990x.143.147311
70. Матат А. В. Категорія «джерело права» в аспекті дослідження науки конституційного права України. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2017. Вип. 47. Т. 1. С. 85–88. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/server/api/core/bitstreams/b183b2ee-d896-4d5e-9357-91d34119c2a0/content>

- 71.Мазур М. В. Про співвідношення понять «джерело права» та «форма права». Демократія та право: проблеми взаємовпливу і взаємозалежності: Матеріали міжнар. наук. конф. (26 жовт. 2007 р., м. Київ) / За ред. акад. АПрН України О. В. Скрипнюка. Х.: Право, 2008. С. 263–265.
- 72.Мелякова Ю. В. Правотворчість у прецедентному і континентальному праві: герменевтичний аналіз. Вісник Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого. Серія: Філософія, філософія права, політологія, соціологія : зб. наук. пр. Х. : Право, 2012. № 2(12). С. 126–143.
- 73.Мельник А. С. Основні та доповнюючі джерела українського права. Актуальні проблеми держави і права. 2013. № 69. С. 67–77.
- 74.Мерник А. М., Чоботар Д. В. Підходи до розуміння категорії «джерело права». Юридичний науковий електронний журнал. 2024. № 3. С. 51–53. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2024-3/9>. URL: http://www.lsej.org.ua/3_2024/11.pdf
- 75.Місевич С. В. Джерела канонічного права (теоретико-правовий аналіз) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Чернівці, 2005. 215 с.
- 76.Москаленко В. Специфіка прецедентного права Суду Європейського Співтовариства. Акт. пробл. держ. упр. 2005. № 3 (26). Х., 2005. С. 179–186.
- 77.Музичук Е. О. Судовий прецедент як джерело права в Україні. Актуальні проблеми сучасної науки і правоохоронної діяльності: матеріали науково-практичної конференції (Харків, 17 травня 2018 р.). Харків : ХНУВС, 2018. С. 45–47. URL: https://univd.edu.ua/general/publishing/konf/17_05_2018/pdf/45.pdf
- 78.Нечитайленко А. А. Основи теорії права. Харків, 1998. 198 с.
- 79.Ніколенко Н. М. Щодо визначення судового прецеденту в Україні. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 27. Т. 2. С. 11–15.
- 80.Новікова М. М., Зварич Р. В., Дручек О. В. Вплив конвергенції англосаксонської та романо-германської правових сімей на розвиток правової системи України. Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки. 2023. Т. 34(73), № 3. С. 161–165. DOI: <https://doi.org/10.32782/TNU-2707-0581/2023.3/28>.

- 81.Образцова В. В. Механізм стримувань та противаг у публічно-управлінських відносинах. Інвестиції: практика та досвід. 2018. № 20. С. 107–112. URL: http://www.investplan.com.ua/pdf/20_2018/23.pdf
- 82.Огін Л. Особливості Романо-германської правової системи. Наукова спільнота. 2014. URL: <http://www.spilnota.net.ua/ua/article/id-1282/>
- 83.Оніщенко Н., Сунегін С. Джерела права: сутнісні характеристики у світлі розвитку сучасної правотворчості. Grail of Science. 2023. № 33. С. 110–120. URL: <https://doi.org/10.36074/grail-of-science.10.11.2023.16>
- 84.Оніщук М. В. Доктрина оновленої Конституції України: реалії та перспективи. URL: <http://www.minjust.gov.ua/0/16966>
- 85.Панченко Б. С. Судова практика в системі джерел права в Україні. Матеріали науково-практичної конференції / НАВС. Київ, 2018. С. 101–102. URL: <https://elar.navs.edu.ua/server/api/core/bitstreams/0eb0b672-59ce-4587-add9-be430bd70686/content>
- 86.Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К. : ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2008. 336 с.
- 87.Пархоменко Н. М. Система джерел права: ознаки, властивості та зміст. Часопис Київського університету права. 2007. № 3. С. 8–12.
- 88.Павко А., Павко Я. Джерела права у правових системах сучасного світу. Віче. 2010. № 8. URL: <https://veche.kiev.ua/journal/1961/>
- 89.Пеца Д. Д. Система стримувань і противаг як суспільний феномен державно-правового розвитку. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2025. Вип. 91. Ч. 1. С. 92–96. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2025.91.1.13>
- 90.Перспектива введення в Україні судового прецеденту як джерела права. Правовий тиждень. URL: <http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=120594>
- 91.Подорожна Т. С. Правотворчість та судово-інтерпретаційне правозастосування: співвідношення понять. Часопис Київського університету права. 2023. № 4. С. 27–31. DOI: <https://doi.org/10.36695/2219-5521.4.2023.04>. URL: <https://chasprava.com.ua/index.php/journal/article/view/1007/939>

92. Погребняк С. П. Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї. Вісник Академії правових наук України. 2003. № 4 (35). С. 92–99.
93. Погрібний О. О., Погрібний І. М., Волошенко О. В. та ін. Порівняльне правознавство : навч. посібник / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АПрН України О. Н. Ярмиша. Харків : Вид-во Харківського нац. ун-ту внутр. справ, 2006. 256 с.
94. Порівняльне правознавство : підручник / упоряд.: Бисага Ю. М. та ін. Ужгород, 2013. 230 с.
95. 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.
96. Прієшкіна О. В. Конституційний лад України та його роль у становленні та розвитку місцевого самоврядування : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.02. Київ, 2009. 499 с.
97. Пустовойт Т. В. Поняття судової влади та її місця в конституційно-правовому механізмі публічної влади. Вісник Маріупольського державного університету. Серія: Право. 2014. Вип. 8. С. 186–192.
98. Рабінович П. Загальносоціальна («природна») правова система : поняття і структура. Вісник Академії правових наук України. 2008. № 4 (55). С. 4–10.
99. Ремескова Ю. О. Судова влада в системі поділу влади : монографія. Харків : Право, 2014. 192 с.
100. Решота В. В. Співвідношення понять «джерело права» та «форма права» в адміністративному праві. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2016. Вип. 40. Т. 2. С. 41–44.
101. Рибалкін А. О., Сєдих Ю. О. Система судової влади в Україні та її роль у розбудові правової держави. Молодий вчений. 2021. № 5 (93). С. 334–337. URL: <https://molodyivchenyi.ua/index.php/journal/article/view/636/619>
102. Рябовол Л. Праворозуміння як наукова проблема: деякі тенденції сучасного етапу дослідження. Актуальні проблеми правознавства. 2019. Вип. 1 (17). С. 17–22. URL: <https://appj.wunu.edu.ua/index.php/appj/article/view/607/597>

103. Сало І. С. Механізми стримувань і противаг у політичних системах країн ЄС та в Україні. Стратегічні пріоритети. 2009. № 2 (11). С. 65–70.
104. Саветчук Н. М. Судовий прецедент та судова практика у системі джерел права: питання співвідношення понять. П'яті Таврійські юридичні наукові читання: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 15–16 травня 2020 року). Київ: Таврійський національний університет імені В. І. Вернадського. 2021. С. 1–5. URL: <https://lib-repo.pnu.edu.ua/bitstream/123456789/15834/1/...>
105. Савенко М. Роль практики Європейського суду з прав людини у конституційному судочинстві України. Вісник Конституційного Суду України. 2005. № 6. С. 51–55.
106. Сергієнко О. В. Питання узгодження категорійного апарату поняття джерела права. Вісник гуманітарних наук. 2025. № 10. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.17090469>
107. Сікорський О. П., Зільник А. Ю. Судовий прецедент у країнах романо-германської правової сім'ї. Наукові записки. Серія: Право. 2019. Вип. 7. С. 183–186. DOI: <https://doi.org/10.36550/2522-9230.2019.7.35>. URL: https://cusu.edu.ua/images/nauk_zapiski/pravo/7_2019/183-186.pdf
108. Система стримувань і противаг у сфері державно-управлінських відносин : наук.-метод. рек. / авт. кол. : В. А. Ребкало, В. А. Шахов, Е. А. Афонін та ін. ; за заг. ред. В. А. Ребкала, М. М. Логунової, В. А. Шахова. К.: НАДУ, 2008. 72 с.
109. Скоробогатов А. Праворозуміння: поняття і типологія. Філософія права і загальна теорія права. 2015. № 1–2. С. 204–210.
110. Скуріхін С. М. Морфологія і динаміка правової культури : навч. посіб. Одеса : Фенікс, 2020. 314 с.
111. Слотвінська Н. Д. Теоретико-правові підходи до розуміння судового прецеденту як складової частини судової практики. Національний юридичний журнал: теорія і практика. 2015. № 5. С. 18–21.
112. Слотвінська Н. Д. Теоретико-правовий аналіз судової практики вищих спеціалізованих судів в Україні як джерела права. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/79530/%D0%A1#chapter>

113. Смичок Є. М. Співвідношення судової доктрини в доктрині податкового права з іншими правовими категоріями. Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки. 2020. № 4. Т. 1. С. 156–161. URL: <http://www.law.journalsofznu.zp.ua/archive/visnik-4-2020/part%201/22.pdf>
114. Стефанюк В. С. Судова система України та судова реформа; Національний ун-т «Києво-Могилянська академія». К. : Юрінком Інтер, 2001. 174 с.
115. Судова влада : монографія / І. Є. Марочкін, Л. М. Москвич, І. В. Назаров та ін. ; за заг. ред. І. Є. Марочкіна. Х. : Право, 2015. 792 с.
116. Сядриста І. І., Сядристий А. О. Практика Європейського суду з прав людини як джерело цивільного права. Проблеми цивільного права та процесу : тези доп. учасників наук.-практ. конф. (м. Харків, 2024 р.). Харків : ХНУВС, 2024. С. 217–220. URL: <https://dspace.univd.edu.ua/server/api/core/bitstreams/b263c098-bae5-496a-95e9-394c70a07f7f/content>
117. Тимченко Г. П., Рябченко Ю. Ю. Судова правотворчість як основа прецедентної моделі цивільного судочинства України. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. № 6. С. 155–158. URL: https://www.lsej.org.ua/6_2022/36.pdf
118. Тополевський Р. Б. Система джерел права: поняття, види, структура. Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2002. Вип. 20. С. 160–164. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhnuvs_2002_20_38
119. Хаварівська Г. С. Проблема праворозуміння у сучасному суспільстві: управлінський аспект. Демократичне врядування. 2022. Вип. 1 (29). С. 83–95. DOI: <https://doi.org/10.23939/dg2022.01.083>
120. Хаустова М. Г., Подорван О. О. Судовий прецедент і судова практика. Порівняльно-аналітичне право. 2019. № 6. С. 60–62.
121. Хливнюк А. М. Щодо поняття «судова влада». Вісник Верховного Суду України. 2009. № 4. С. 43–51.
122. Хомюк Н. С. Сучасна система джерел права України: загальнотеоретичні аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2016. 20 с.

123. Чернецька О. В., Шилінгов В. С. Право Англії як класична модель прецедентного права. Часопис Київського університету права. 2015. № 4. С. 348–352.
124. Чубоха Н. Співвідношення категорій «форма» та «джерело» права. Історико-правовий часопис. 2018. № 2 (12). С. 105–110. URL: <https://evnuir.vnu.edu.ua/bitstream/123456789/16043/1/23.pdf>
125. Шемшученко Ю. С. Актуальні проблеми філософії права. URL: <http://dspace.nbuiv.gov.ua/handle/123456789/8484>
126. Шемшученко Ю. С. Праворозуміння. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (гол. редкол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. Т. 5 : П – С. 2003. С. 48–49.
127. Шемшученко Ю. Юридичні підвалини парламентаризму в Україні. Юридичний вісник України. 2001. 1–7 берез.
128. Шевчук С. В. Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Х., 2008.
129. Штефан А. Прецедентне право Суду ЄС: проблема визначення юридичної сили. Наука і правоохорона. 2025. Т. 3. № 69. С. 66–73. DOI: <https://doi.org/10.33270/0525693.7>. URL: <https://naukaipravoohorona.navs.edu.ua/index.php/naukaipravoohorona/article/view/1897/1886>
130. Юзько Т. М., Слугоцька В. М., Швець Л. В. Судова практика та правові позиції Верховного Суду як джерела права в умовах правової невизначеності. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2025. Вип. 89. Ч. 1. С. 454–460. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2025.89.1.65>. URL: <https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2025/07/67.pdf>
131. Ясинок Д. М. Судова правотворчість, як спосіб подолання «виключної правової проблеми» в континентальному та загальному праві. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2023. Вип. 75. Ч. 1. С. 142–148. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.75.1.23>

132. Ясинок Д. М. Судова правотворчість як спосіб подолання законодавчих прогалин та виключна правова проблема в правозастосовчому процесі цивільного судочинства України. Київський часопис права. 2023. № 1. С. 100–106. DOI: <https://doi.org/10.32782/klj/2023.1.15>. URL: <https://ir.kneu.edu.ua/server/api/core/bitstreams/6c45e2ac-7c5b-4bdb-85a6-4b8e9752f3d2/content>
133. Anghel E. Judicial precedent, a law source. LESIJ-Lex ET Scientia International Journal. 2017. No 24 (2). P. 68–76.
134. Aquinas T. Summa Theologiae: Latin Text and English Translation, Introductions, Notes, Appendices, and Glossaries / Ed. by T. Gilby: In 61 vols. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. 715 p.
135. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined. Indianapolis: Hackett Publishing, 1998. 232 p.
136. Banner S. The Decline of Natural Law: How American Lawyers Once Used Natural Law and Why They Stopped. New York: Oxford University Press, 2024. 320 p.
137. Bergel J.-L. Théorie générale du droit. Paris : Dalloz, 2003. 394 p.
138. Berman H. J. Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge : Harvard University Press, 1983. 657 p.
139. Boguszak J., Čapek J., Gerloch A. Teorie práva. Praha : ASPI Publishing, 2004. 348 s.
140. Cross R., Harris J. W. Precedent in English Law. 4th ed. Oxford : Clarendon Press, 1991. 256 p.
141. David R., Brierley J. E. C. Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law. 3rd ed. London : Stevens & Sons, 1985. 624 p.
142. David R., Jauffret-Spinozi C. Les grands systèmes de droit contemporains. Paris : Dalloz, 1988. 553 p.
143. Dickson J. Methodology in Legal Philosophy. Meta-theory of Law / Ed. by M. Carpentier. London: ISTE Ltd, 2022. P. 45–78.

144. Florczak-Wątor M. (ed.) *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*. Abingdon ; New York : Routledge, 2020. 348 p.
145. Fuller L. L. *The Morality of Law*. New Haven : Yale University Press, 1964. 202 p.
146. Funken K. *The Best of Both Worlds: The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System*. SSRN Working Paper. 2003. P. 22–29.
147. Giudice M. *Social Construction of Law*. Cheltenham, 2020. 224 p.
148. Green L. *The Forces of Law: Duty, Coercion, and Power*. *Ratio Juris*. 2016. Vol. 29. No. 2. P. 164–181.
149. Hart H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1994. 315 p.
150. Hart H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 380 p.
151. Hegel G. W. F. *Wissenschaft der Logik*. Hamburg : Felix Meiner Verlag, 1969. Bd. 2. 270 S.
152. Hershovitz S. *Law is a Moral Practice*. 2023. 288 p.
153. Hobbes T. *Leviathan*. Part I. Chapter XIV: Of the First and Second Natural Laws, and of Contracts // *Leviathan* / Ed. by E. Curley. Indianapolis: Hackett Publishing, 1994. P. 79–92.
154. Kaufmann A. *Rechtsphilosophie*. München : C. H. Beck, 1997. 310 S.
155. Kelsen H. *Pure Theory of Law* / Trans. by M. Knight. Berkeley: University of California Press, 1967. 356 p.
156. Knapp V. *Teorie práva*. Praha : C. H. Beck, 1995. 247 s.
157. Kühn Z. *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation?* Leiden: Martinus Nijhoff, 2011. 311 p.
158. Kiska T. *The functional purpose of the judiciary in the system of checks and balances*. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2025. No. 4. P. 219–225. DOI: <https://doi.org/10.61345/1339-7915.2025.4>
159. Larenz K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin : Springer, 1991. 494 S.

160. Marx K. Zur Kritik der Politischen Ökonomie. Berlin : Franz Duncker, 1859. 246 S.
161. Morawski L. Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Warszawa : LexisNexis, 2005. 358 s.
162. Peczenik A. The Binding Force of Precedent. In: MacCormick D. N., Summers R. S. (eds.) *Interpreting Precedents*. Dartmouth, 1997. P. 461–479.
163. Postema Gerald J. Classical Common Law Jurisprudence (Part 2). *Oxford University Commonwealth Law Journal*. 2023. No 3(1). P. 1–29.
164. *Precedent in France / Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997.
165. *Precedent in the Federal Republic of Germany. Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. 311 p.
166. *Precedent in Spain. Interpreting Precedents. A Comparative Study* / eds. by D. MacCormick, R. Summers. Sydney, 1997. 311 p.
167. Radbruch G. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart : K. F. Koehler Verlag, 1950. 336 S.
168. Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford : Clarendon Press, 1979. 292 p.
169. Raz J. *The Sources of Law. The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 2009. P. 37–52.
170. Sacco R. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris : Economica, 1991. 331 p.
171. Sadurski W. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. 2nd ed. Dordrecht : Springer, 2008. 358 p.
172. Salmond J. *Jurisprudence*. London : Stevens and Haynes, 1902. 671 p.
173. Schlesinger A. *The imperial presidency*. N.Y., 1974. 189 p.
174. Tamanaha B. Z. *A Realistic Theory of Law*. 2017. 224 p.
175. Varga C. *Transition? To Rule of Law? Constitutionalism and Transitional Justice Challenged in Central & Eastern Europe*. Pomáz : Kráter Mûhely Egyesület, 2008. 290 p.

176. Walter R., Mayer H., Kucsko-Stadlmayer G. Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts. 10. Aufl. Wien : Manz, 2007. 706 s.
177. Wróblewski J. Rozumienie prawa i jego wykładnia. Wrocław : Zakład Narodowy im. Ossolińskich, 1990. 112 s.
178. Zirk-Sadowski M. Wprowadzenie do filozofii prawa. Warszawa : Wolters Kluwer, 2011. 289 s.
179. Zweigert K., Kötz H. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1996. 714 S.
180. Жерьобкіна Є. А. Судовий прецедент як джерело права в романо-германській правовій сім'ї. Правові горизонти. 2019. Вип. 14 (27). С. 98–102.

СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

Наукові праці, в яких відображені основні наукові результати дисертації:

1. Кіска Т.М. Місце судової влади в системі стримувань і противаг: теоретико-правові засади. *Науковий вісник Ужгородського університету. Серія: «Право»*. 2025. Вип. 92. Ч. 1. С. 92-98.

2. Кіска Т. М. Праворозуміння як методологічна основа визначення місця судової практики в системі джерел права: актуальні питання. Аналітично-порівняльне правознавство. Випуск 1. 2026. С. 212-216.

3. Кіска Т. М. Поняття «джерело права» в сучасній правовій доктрині: актуальні підходи та значення для правового регулювання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2026. Вип. 93: ч. 5. С. 491–497.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

4. Кіска Т.М. Судова практика як джерело права в контексті актів КСУ. *Правове регулювання земельних відносин в умовах війни: світовий досвід, українські реалії*: матеріали міжнародної правової школи, м. Ужгород, 23 лютого 2024 р. Ужгород: ДВНЗ «Ужгородський національний університет», 2024. С. 33-38.

5. Кіска Т.М. Судова практика як джерело права: теоретичні засади та практичні виміри в умовах правової конвергенції. *Трансформація освіти у цифрову епоху: матеріали міжнародної правової школи*, м. Ужгород, 30 травня 2025 р. Ужгород: ДВНЗ: «Ужгородський національний університет», 2025. С. 71–81.

6. Кіска Т.М. Судові рішення як елемент правової системи. *Конституційне будівництво в умовах війни: досвід України*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 20 червня 2025 р. Ужгород: ДВНЗ: «Ужгородський національний університет», 2025. С.115-124.

Наукові праці, які додатково відображають наукові результати дисертації:

7. Kiska T. The functional purpose of the judiciary in the system of checks and balances. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2025. №. 4. P. 219–225.