брати участь у судових засіданнях, заявляти клопотання, подавати усні і письмові доводи, висловлювати міркування та заперечення. Але вони не можуть відмовитися від позову, оскільки не зверталися до суду із заявою про захист прав і свобод інших осіб, тобто не можуть розпоряджатися матеріальними і процесуальними правами тієї особи, яка звернулася до суду за захистом свого порушеного або оспорюваного права. Вони наділені процесуальними правами, які надають можливість подати висновки у справі з метою виконання покладених на них обов'язків.

Прокурор, який бере участь у справі, що розпочалася за ініціативою інших осіб, користується процесуальними правами, несе процесуальні обов'язки, передбачені ст. 27 ЦПК. Проте він не може змінити підставу або предмет позову, збільшити чи зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову, оскільки не пред'являв його в інтересах конкретної особи (позивача, відповідача, третьої особи, що заявляє самостійну вимогу на предмет спору). Однак прокурор повинен представляти інтереси громадянина чи держави, тобто конкретної особи, якщо для цього є підстави, передбачені ч. 2 ст. 36[1] Закону України "Про прокуратуру".

Література

1. Офіційний вісник України.– 1998.– № 1.– С. 5.
2. Відомості Верховної Ради України.– 1991.– № 41.– С. 546.
3. Відомості Верховної Ради України.– 1994.– № 17.– С. 99.
4. Відомості Верховної Ради України.– 1994.– № 1.– С. 1.
5. Відомості Верховної Ради України.– 1994.– № 15.– С. 84.
6. Відомості Верховної Ради України.– 1993.– № 13.– С. 113.

Судова практика

СУДОВА ПРАКТИКА: ПОНЯТТЯ ТА ФУНКЦІЇ

С. П. ПОГРЕБНЯК
кандидат юридичних наук, доцент Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого

О. О. УВАРОВА
студентка Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого

В умовах демократичної, правової, соціальної держави особливе значення для забезпечення свободи громадян, верховенства права і закону, безперечно, має діяльність судової гілки влади. На сьогодні інститут суду все більше сприймається як противага, певний стабілізуючий фактор щодо виконавчої і законодав-

чої влади. Сучасна специфіка функціонування судової влади дає всі підстави для нового погляду на роль судової практики у правовому регулюванні. Усе це пояснює невипадковість значного підвищення наукового і практичного інтересу до судової практики. Підтвердженням цьому є, зокрема, той факт, що в Україні нині дуже активно видаються збірники рішень судів різних рівнів. Матеріали судової практики активно використовуються в законотворчій діяльності. Усе частіше на судові рішення як на обґрунтування своїх висновків посилаються юристи-науковці та юристи-практики.

Розв'язання проблеми визначення ролі судової практики у правовому регулюванні започатковано у працях багатьох вчених-представників як вітчизняної, так і зарубіжної юридичної науки – зокрема С. Алексєєва, А. Барака, Ж.-Л. Бержеля, С. Братуся, С. Вільнянського, Ю. Гамбарова, М. Гредескула, М. Козюбри, М. Коркунова, О. Курильової, В. Лазарєва, В. Лебедєва, Й. Покровського. В. Реутова, Ю. Тихомирова, В. Тихого, Б. Топорніна, Р. Циппеліуса, С. Шевчука та ін. Тому, працюючи над статтею, ми звертались до публікацій вказаних та багатьох інших вчених. Проте багато з цих робіт виконано в дореволюційні та радянські часи, і вони не враховують суттєвих змін, що відбулися у вітчизняній правовій системі наприкінці XX ст. – на початку XXI ст. Дослідження ж сучасних вчених, як правило, присвячені лише окремим аспектам судової практики або деяким її різновидам. Усе це зумовлює необхідність подальших наукових пошуків у цьому напрямі.

Метою даної статі є удосконалення загальнотеоретичної функціональної характеристики судової практики, для цього необхідно визначити поняття судової практики, дослідити її складові, проаналізувати окремі різновиди та визначити роль судової практики у правовому регулюванні.

Викладемо основні положення нашого дослідження. В юридичній літературі традиційно відзначається, що судова практика є різновидом юридичної практики. У свою чергу, юридична практика – це різновид соціальної практики, що врегульований та впорядкований юридичними актами. Юридична практика є елементом правової системи суспільства та відіграє істотну роль у механізмі правового регулювання. Особливий характер судової практики як різновиду юридичної практики пов'язується з її суб'єктом. Судова практика здійснюється виключно судами, і це відрізняє її від тих різновидів юридичної практики (зокрема законодавчої, слідчої, нотаріальної), які здійснюються іншими суб'єктами.

Існуючі думки з приводу характеристики судової практики можемо умовно подати у вигляді трьох основних концепцій:

1) ототожнення судової практики з судовою діяльністю (В. Казимирчук, І. Дюрягін, Ю. Гревцов);

2) розуміння судової практики як певного об'єктивованого досвіду правової діяльності. У цьому випадку проводиться розмежування судової практики і судової діяльності (Ю. Попонов);

3) характеристика судової практики як єдності судової діяльності та сформованого на її основі соціально-правового досвіду (С. Алексєєв, С. Братусь, В. Реутов, О. Курильова).

Найбільш виваженим, на нашу думку, є третій підхід. Він дозволяє розглянути судову практику у двох аспектах – динамічному та статичному. Судова діяльність як динамічний аспект судової практики – це опосередкована правом діяльність суду, спрямована на виконання його завдань (вирішення конкретного спору, тлумачення певної правової норми) та функцій (правозастосування, правотлумачення тощо). Конкретні та узагальнені результати її здійснення становлять інший – статичний – компонент судової практики. У своїй сукупності результати утворюють досвід судової діяльності, в якому знаходять свій вираз дискусійні питання практики, основні напрями їх вирішення, містяться орієнтири правотворчості, застосування, конкретизації, роз'яснення правових приписів, типові висновки з тих чи інших складних проблем судової діяльності[1]. Ці результати, як правило, втілюються у судових рішеннях та інших судових актах. Саме судове рішення, за висловом професора М. Коркунова, є юридично визначеною, автентичною формою вираження судової практики[2]. При цьому слід враховувати, що судова практика – це не одиничне рішення того чи іншого суду з тієї чи іншої справи, а ціла низка однорідних судових рішень, що свідчать про загальне, одноманітне і тривале застосування відомих положень права тією чи іншою категорією судів[3].

Ми не можемо погодитись з тими вченими, які визнають елементом судової практики лише певну групу судових рішень: або роз'яснення вищих судових органів, або рішення прецедентного характеру, або правоположення. На наш погляд, усі судові рішення слід розглядати як елемент судової практики, оскільки всі вони є об'єктивацією результатів судової діяльності незалежно від того, судом якого рівня ця діяльність здійснюється і чи стають ці рішення прецедентами. Специфіка ж судових рішень дозволить нам виокремити різновиди судової практики.

Наприклад, за характером прийнятих рішень можна виділяти поточну та прецедентну судову практику. Поточна включає в себе досвід застосування законодавства, що виражений у рішеннях судів з конкретних юридичних справ. Цю форму практики С. Алексєєв називає "первісною", найпростішою[4]. Прецедентна практика складається з таких судових рішень, що містять у собі правові прецеденти (ratio decidendi) – загальнообов'язкові правила при вирішенні всіх аналогічних судових справ.

4 4-419

За формою судочинства є підстави для виділення цивільної, господарської, адміністративної, кримінальної, а також конституційної судової практики. За суб'єктом судочинства можна говорити про існування практики Конституційного Суду України та практики судів загальної юрисдикції. При бажанні можна знайти й інші критерії для виділення певних видів судової практики.

Дослідження будь-якого явища буде неповним та не матиме прикладного значення без розкриття його функцій. Функції судової практики можна визначити як основні напрями її впливу на правову систему, що виражають сутність і соціальне призначення, дають можливість встановити її місце в системі правового регулювання.

В юридичній літературі поширеним є підхід, відповідно до якого виділяються такі функції судової практики, як функція правосуддя, захист прав і свобод людини і громадянина, контрольна[5]. Проте ця класифікація не є єдино можливою. Так, враховуючи, що правовими формами здійснення функцій судами є правозастосування, тлумачення права та правотворчість, ми можемо виділити правозастосовну, інтерпретаційну та правотворчу функції судової практики.

Правозастосовна функція є, безперечно, основною функцією судової практики. Як відомо, при застосуванні права, що є особливою формою реалізації права, відбувається розповсюдження загальних правил, зафіксованих у правовій нормі, на конкретні життєві обставини[6]. Слід зазначити, що правозастосування не можна розглядати поряд з такими формами реалізації права, як дотримання, використання та виконання. По-перше, правозастосування дистанційоване у часі від інших форм реалізації права. По-друге, потреба у правозастосуванні виникає тоді, коли основних трьох форм реалізації права недостатньо для нормального правового регулювання певних суспільних відносин, та коли суб'єктивні права та юридичні обов'язки не можуть виникнути чи реалізуватися без додаткового втручання, санкціонованого державою, що і є правозастосовною діяльністю[7].

Застосування права – це владна індивідуально-правова діяльність, яка спрямована на вирішення юридичних справ і внаслідок якої до "тканини" правової системи приєднуються нові елементи – владні індивідуальні приписи[8]. Якщо органи правотворчості закладають у правову систему загальні програми поведінки учасників суспільних відносин, то органи застосування права (провідним з яких є суд) в оптимальному випадку продовжують справу, розпочату правотворцем. Судова діяльність допомагає закону здійснювати і продовжувати тільки розпочату ним справу підтримки правового порядку. Суди покликані забезпечити втілення в життя загальних програм поведінки, виражених у правових нормах, досягти їх конкретизованого втілення в реальних життєвих процесах з урахуванням особливостей тієї чи іншої конкретної ситуації[9].

Судове правозастосування здійснюється на основі законів, інших джерел права. Проте судова практика не може обмежуватися застосуванням права виключно в "механічному" значенні цього поняття. Так, застосовувати чинне право можна лише тоді, коли воно є. Тим часом правотворчий орган досить часто відстає від життя і залишає існуючі суспільні відносини без своєї регламентації. Наприклад, на сьогодні в Україні дуже активно розвиваються відносини, пов'язані з використанням Інтернету, а їх законодавча регламентація фактично відсутня. Як зауважував професор М. Гредескул, говорити в подібних обставинах про застосування існуючого права вочевидь легше, ніж дійсно робити це[10]. Саме на ґрунті застосування права судова практика і вимушена стати джерелом права, перейти до створення нових норм права у випадках, не передбачених законом[11], і таким чином розпочати виконання правотворчої функції.

Аналогічна тенденція спостерігається, коли судова практика виконує ***інтерпретаційну функцію***, яка також іноді перетворюється на правотворчу. Розглянемо цей аспект докладніше. Тлумачення – це процес пізнання закону. Зазвичай воно визначається як певний розумовий процес, спрямований на з'ясування змісту норм права виявленням значень та смислу термінів та виразів, які містяться у нормативних актах[12]. Крім того, під тлумаченням права (закону) нерідко мають на увазі сам результат розумового процесу (з'ясування), який фіксується у сукупності мовних висловів, що відображають зміст норм права. Необхідність тлумачення норм права зумовлена їх ознаками, особливостями форм вираження зовні та функціонування.

Тлумачення права має місце в будь-якому правозастосовному процесі, оскільки правильно застосувати норму права можна лише зрозумівши перед цим її смисл. Проте слід зазначити, що діяльність судового органу може бути спрямована безпосередньо на те, щоб розтлумачити певну правову норму, і в такому випадку цей процес слід розглядати як мету і результат самостійної діяльності суду. Така спрямованість притаманна, наприклад, діяльності Конституційного Суду України у справах щодо офіційного тлумачення норм Конституції і законів України.

Отже, інтерпретаційна функція виконується судами під час правозастосування (тоді її результат закріплюється у мотивувальній частині правозастосовного акта – рішення суду) та як самостійний вид діяльності (результат якої закріплюється окремим актом).

В юридичній науці загальновизнаним є поділ тлумачення на нормативне та казуальне. Перше є загальним, воно неодмінне для всіх справ

4*4-419

певної категорії. Обов'язковість нормативного тлумачення може формально обмежуватися колом суб'єктів, але фактично його повинні дотримуватись усі учасники правовідносин, що врегульовані нормою права, з приводу якої було надано тлумачення.

Казуальне тлумачення є обов'язковим лише для конкретної справи. Проте слід враховувати, що за своїм значенням воно може наближатися до нормативного. Так, рішення, що винесені з конкретних справ, можуть набувати загального значення в силу їх внутрішньої переконливості і виступати як приклади правильного розуміння та застосування законів[13]. Сила авторитету вказаної практики, безумовно, надає інтерпретаційним положенням, які містяться у рішеннях з конкретної справи, загальне, хоча й неформальне обов'язкове значення[14].

Така ситуація не є дивною. Хоча будь-який життєвий випадок є неповторним і кожна справа має індивідуальні особливості, проте в різноманітних ситуаціях, безперечно, є щось спільне. Саме це дозволяє створювати правові норми – правила загального характеру, що розраховані на регулювання певної групи відносин. На це загальне, спільне, завжди орієнтується правозастосовець, коли вирішує питання щодо наявності чи відсутності прав і обов'язків у суб'єктів, які опинилися у схожій ситуації. На думку В. Лазарєва, такий підхід дозволяє зробити висновок про досить широке значення результатів судового тлумачення, що містяться в окремому правозастосовному акті[15]. Отже, обмеження дії казуального тлумачення лише одним випадком буде неточним. Більше того, воно видається і несправедливим. Принцип справедливості, як відомо, вимагає однакового ставлення до всіх людей в однакових ситуаціях. Інакше порушуються вимоги сталості і впевненості, які нерозривно пов'язані з самим поняттям права[16]. Слід також пам'ятати, що норма завжди розрахована на низку однорідних випадків, і тлумачення, яке підходить тільки до одного з них, має вважатися таким, що порушує право людської особистості на визначеність правової норми[17].

Крім того, аналізуючи переростання інтерпретаційної функції у правотворчу, слід звернути увагу на те, що даному явищу сприяє загальний характер норми права. Він автоматично збільшує роль судді в її тлумаченні, обумовлюючи надання суддям широких дискреційних повноважень при застосуванні права та відкриваючи простір для творчого розширювального тлумачення права[18]. На сьогодні поняття закон все частіше використовується в найбільш широкому значенні цього терміна – це не тільки закон законодавця, але й закон особи, яка його тлумачить, закон судді, закон учасників правового процесу[19]. Отже, деякі інтерпретаційні акти суду містять нові нормативні положення. Особливо помітним, зауважують фахівці, є створення нової норми права у випадку, коли особа, яка тлумачить закон, може вибрати один з кількох варіантів розуміння (уточнення, розвитку) норми, що відповідають законові[20].

Усе вищенаведене дозволяє дійти висновку про наявність ***правотворчої функції*** у судовій практиці. Проте слід мати на увазі, що правотворча функція не є основною функцією судової практики. Безсумнівно, діяльність суду не може бути безпосередньо спрямована на створення норм права. Тому ми констатуємо виконання судовою практикою цієї функції post factum, тобто вже за результатами правозастосовної чи інтерпретаційної діяльності судів, як додаток до них. При цьому результат такої правотворчої діяльності буде закріплений в акті правозастосування або в інтерпретаційному акті. Таке становище є природним для сучасної романо-германської правової сім'ї, базові характеристики якої є орієнтиром при реформуванні правової системи України.

Цей висновок підтримують все більше сучасних українських вчених-правознавців. Наприклад, професор М. Козюбра, виступаючи на міжнародному семінарі "Юридична методологія – основа гармонізації законодавства України до законодавства ЄС", що відбувся 13–14 листопада 2003 р. в м. Києві в рамках програми Tacis "Українсько-європейський консультативний центр з питань законодавства" (UEPLAC), наголошував на тому, що наявність елементів правотворчості у діяльності Конституційного Суду, вищих судових органів і судів загальної юрисдикції – не аномалія, а об'єктивна необхідність, яка хоч і має свої межі, проте повністю не може бути виключеною з діяльності як Конституційного Суду, так і судів загальної юрисдикції.

Розглянемо правотворчу функцію судової практики детальніше. Як відомо, право спрямоване на забезпечення нормального, впорядкованого життя суспільства, його стабільності, функціонування, відповідно до прийнятих у даному суспільстві цінностей. При цьому слід брати до уваги ту обставину, що за своїм первісним призначенням право покликане вирішувати конкретні життєві ситуації, давати єдину відповідь на нормативній основі. Зробити це дуже важко, оскільки право прагне регулювати "живе життя", найрізноманітніші випадки – часто неповторні, нетрадиційні, які завжди відрізняються такими особливостями, що іноді просто неможливо підігнати їх під єдиний нормативний шаблон. На думку С. Алексєєва, дуже часто такі ситуації викликають необхідність "поєднати несумісне"[21].

Слід визнати, що закон з його здатністю за допомогою нормативних узагальнень охопити велику кількість життєвих обставин все ж таки не в змозі давати кожної миті ідеальну норму (еталон) для врегулювання відносин, що постійно роз-

виваються. Отже, йому необхідна допомога, яку може надати судова практика. Більше того, вона покликана це зробити. На цю обставину ще на початку XX ст. вказував професор М. Гредескул, який, зокрема, відзначав, що судова практика може бути суттєво гнучкішою, ніж закон. І якщо судова практика має свої переваги у порівнянні з законом, а закон – у порівнянні з судовою практикою, то слід так комбінувати судову практику і закон, щоб зберегти переваги, пов'язані з тим чи іншим джерелом права[22].

Подолати суперечність між загальним характером норм права і різноманіттям життєвих ситуацій, на наш погляд, можна, якщо визнати за судовою практикою правотворчу функцію або дозволити судам, використовуючи термінологію відомого німецького вченого, професора Р. Циппеліуса, здійснювати "добудову" права. Зокрема, Р. Циппеліус зазначає, що досить часто трапляється ситуація, коли на певному етапі застосування норми права виникають декілька варіантів її тлумачення, порушується питання про її співвідношення з певними загальними принципами права або є потреба встановити і заповнити прогалину в правовому регулюванні. У цих та інших випадках суд вимушений доповнювати і виправляти закони. Така суддівська "добудова" права є допустимою тоді, коли потреби реалізації права, які наводяться на користь добудови, важливіші, ніж аргументи з принципу поділу влади і правової впевненості, які вимагають суворого дотримання вимог закону[23].

Аналогічну думку висловлював на міжнародному семінарі "Юридична методологія – основа гармонізації законодавства України до законодавства ЄС" інший німецький вчений – професор Т. Вюртенберґер. Він, зокрема, підкреслював, що в демократичній правовій державі судова гілка влади має легітимні повноваження добудовувати писане право (якщо воно має прогалини) і при цьому прив'язуватися до соціальних, економічних або політичних змін, а також змін у панівних уявленнях відповідної спільноти щодо питань справедливості. Адже у правовій державі з чітким поділом влади судочинство має два завдання: з одного боку – забезпечити правильний пошук та виконання чинного права, а з другого – добудовувати право за допомогою тлумачення та суддівського права.

Діяльність суду щодо доповнення закону найяскравіше проявляється за наявності прогалин в законодавстві – пропусків у нормативно-правовому регулюванні певних суспільних відносин. У таких випадках суд, констатуючи відсутність волевиявлення законодавця з даного кола питань, повинен вирішити спір. При цьому він може застосувати норму, що регулює схожі відносини (тобто застосувати аналогію закону), або виходити з загальних засад, принципів права (тобто застосувати ана-

логію права). Інколи суд може вдаватися і до такого засобу подолання прогалин, як субсидіарне застосування права (міжгалузева аналогія).

В юридичній науці прийнято вважати, що таким чином суд здійснює лише подолання прогалин, а єдиним засобом їх усунення є правотворча діяльність. Проте така думка не завжди переконлива. Уявімо, наприклад, собі ситуацію, коли суд для подолання прогалини в законодавстві застосовує аналогію закону. У такому випадку в мотивувальній частині свого рішення він буде вимушений посилатись на норму, яка регулює інші, хоча й дуже подібні відносини. Таким чином, суд фактично встановлює правило, згідно з яким регулювання певних суспільних відносин здійснюється за допомогою конкретної норми права.

Закономірно виникає питання: що б у такій ситуації робив законодавець? Зрозуміло, він міг би усунути прогалину, видавши відповідний нормативно-правовий акт, у якому може міститися норма, що встановить нове конкретне правило поведінки і охопить раніше не врегульовані суспільні відносини. Проте створення нового окремого правила не є обов'язковим. Для усунення прогалини законодавець може прийняти нормативно-правовий акт, в якому буде закріплено норму права, яка має відсильну диспозицію. Нагадаємо, така диспозиція самостійно не викладає правила поведінки, а відсилає для його ознайомлення до іншої, вже існуючої норми.

Але виникає ще одне питання: чим у вищенаведеній ситуації дії суду, спрямовані на подолання прогалини, принципово відрізняються від діяльності законодавчого органу щодо усунення прогалини? Як ми з'ясували, за наявності прогалини і суддя, і законодавець можуть діяти однаково: створювати правило, що відсилає для регулювання відносин до іншої, вже існуючої норми. Різниця полягає лише у формі зовнішнього виразу цього правила: якщо законодавець надає цьому правилу форму закону, то суд закріплює його в судовому рішенні. І ще один доказ. Як традиційно пояснюють неприпустимість застосування аналогії закону (не кажучи вже про аналогію права) у кримінальному праві? Говорять про те, що внаслідок застосування аналогії буде сформовано новий склад злочину, нехай і дуже схожий на той, що вже закріплено в кодексі[24].

Отже, ми погоджуємося з думкою професора С. Алексєєва, який вважає, що аналогія права відкриває, по суті, шлях до судової правотворчості. Як зауважує С. Алексєєв, суд, використовуючи інститут аналогії, усуває прогалину, і таким чином робить те, чого можна було б очікувати в даній конкретній життєвій ситуації від закону. Причому таке "заповнення" прогалини може стосуватись не лише даної юридичної справи, але й набути нормативного значення[25]. Аналогічних висновків доходить і професор Р. Циппеліус. Він стверджує,

що при заповненні прогалин у праві суд здійснює доповнення й уточнення закону, перебираючи таким чином на себе ту функцію, яка відповідно до принципу поділу влади належить законодавцю[26].

Ще яскравіше можна побачити проблеми традиційного підходу в ситуації з аналогією права, де взагалі відсутня аналогія у строгому значенні, тому що йдеться не про застосування подібного (аналогічного) закону, а про вирішення не передбаченого конкретною нормою випадку на основі загальних принципів права[27]. Тут ми можемо констатувати найбільш глибоке втручання судових органів у правове регулювання.

Слід підкреслити, що факт створення нового положення, не відомого законодавству, здатного слугувати вирішенню конкретних справ, внаслідок використання судами аналогії визнавався навіть у радянські часи. Наприклад, зазначалося, що прогалини в законодавстві долаються правозастосовним органом за допомогою особливого виду правоположень, які наближуються до правової норми, але не стають нею[28]. Правоположення є ніби ущільненими, активними згустками, що відірвалися від самої правосвідомості, – специфічні правові явища зі сфери правозастосування, що знаходяться на межі правосвідомості і таких об'єктивованих форм правової діяльності, як правові приписи – нормативні й індивідуальні[29]. На думку С. Алексєєва, категорія "правоположення" є свого роду теоретичною знахідкою. Цей термін досить активно використовувався в радянській юридичній науці і зазвичай розумівся у значенні загальних правил, що з'являлися внаслідок діяльності суду, – так званих квазінорм. Так, С. Алексєєв визначав правоположення як зразки застосування юридичних норм до тих чи інших своєрідних життєвих випадків, ситуацій, що конкретизують та збагачують закон з питань його застосування, і разом з законом повинні застосовуватись при вирішенні юридичних справ. На його переконання, це пов'язано з висновком про те, що правову норму не можна розглядати як "голе" нормативне положення, вона є складним регулюючим комплексом, до якого входять і правоположення[30]. Цієї ж думки дотримується В. Лазарєв. Він зазначає, що правоположення дуже тісно пов'язані з правовими нормами, органічно вплітаються до тканини тих елементів норми, які було піддано розвиткові[31].

Правоположення,– пише С. Алексєєв, – це теж норма, у будь-якому разі – з того моменту, коли вироблене судами положення починає застосовуватись ними як типізоване рішення даної життєвої ситуації[32]. У низці випадків такі положення, вироблені судами, майже у готовому вигляді (або з певною обробкою, з адаптацією їх до структури системного нормативного акта) сприймаються законодавцем. Але це відбувається не завжди. У більшості ви-

падків положення судової практики продовжують діяти як такі, входячи разом із законом до нормативної системи, яка визначає юридичне вирішення життєвих ситуацій.

Ми погоджуємося з думкою, що правоположення – це юридичні феномени, які можуть вироблятися судовою практикою і є стійкими типовими рішеннями застосування правових норм, що реально здобувають риси загальних правил[33]. Правоположення сильніше, ніж правові норми, пов'язані з фактичними обставинами. У своєму первісному вигляді вони виробляються у зв'язку з настанням конкретних життєвих фактів і тільки потім, оскільки вони пов'язані з загальним правилом поведінки, немов би відриваються від них і починають діяти щодо всіх аналогічних фактів. Це дає підстави вважати, що судова практика, існуючи в певній своїй частині у формі правоположень, є неофіційним джерелом права. Ми знаємо, що існують два різновиди прецедентів: ті, обов'язкова сила яких визнана де-юре (обов'язкові прецеденти), й ті, які набувають обов'язкового значення в силу своєї переконливості та аргументованості де-факто (переконливі прецеденти). Правоположення за своїм значенням і роллю в судовій практиці наближаються до переконливих прецедентів, добре відомих англо-американській правовій сім'ї. Слід зазначити, що запровадження цієї категорії до арсеналу радянської науки було зумовлено, на нашу думку, передусім категоричною забороною визнання за судами правотворчої функції. Як підкреслювали радянські вчені, правоположення мають силу авторитету, а не авторитет сили[34].

У багатьох випадках правоположення отримують подальше закріплення в нормативно-правових актах. Наприклад, у судовій практиці з кримінальних справ було вироблено таке правоположення: співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем злочину, якщо воно не охоплювалося їхнім умислом. Пізніше це правило було закріплено у п. 5 ст. 29 Кримінального кодексу України 2001 р., офіційно набувши статусу норми права.

Отже, традиційний у межах класичної теорії поділу влади погляд на суддю, виключно як правозастосовувача, є значно спрощеним. Як зауважує з цього приводу Монтеск'є, суддя – це особа, яка володіє у найвищій мірі здатністю знаходити свій шлях серед стежок, схованих у хащах законодавства. Проте уявлення Монтеск'є містять загальнопоширену помилку, що такі стежки завжди існують, і всі наші здатності зводяться лише до їх виявлення. Монтеск'є не розумів, що інколи стежки в законодавстві не прокладені взагалі і суддя сам повинен їх прокладати[35].

Наприкінці наведемо висловлювання професора Ю. Гамбарова, який підкреслював, що немає нічого простішого, ніж заперечення за судовою практикою значення джерела

права на тій підставі, що вона позбавлена формально-обов'язкової сили і має своїм головним завданням не створення, а застосування права. Проте таке заперечення було б не лише простим, але й неправильним, якщо вважати правом те, що діє і здійснюється в житті. Крім того, воно не відповідало б ані дійсності, ані поняттю джерела права[36].

На підставі вищевикладеного пропонується визначення судової практики як різновиду юридичної практики, що полягає у правозастосовній, інтерпретаційній та правотворчій діяльності судів, яка втілюється у певних видах юридичних актів.

Отже, ми можемо сформулювати такі ***висновки***:

1. Судову практику слід розглядати у двох аспектах – динамічному та статичному. У динамічному аспекті – це судова діяльність (опосередкована правом діяльність суду, спрямована на виконання його завдань та функцій). У статичному – це конкретні та узагальнені результати її здійснення, що втілюються у судових рішеннях та інших судових актах.

2. Різновиди судової практики виділяються виходячи зі специфіки окремих судових рішень. Наприклад, можна виділяти поточну та прецедентну судову практику; цивільну, господарську, адміністративну, кримінальну і конституційну судову практику; практику Конституційного Суду України та практику судів загальної юрисдикції.

3. Враховуючи, що правовими формами здійснення функцій судами є правозастосування, тлумачення права та правотворчість, ми можемо виділити правозастосовну, інтерпретаційну та правотворчу функції судової практики.

4. Правозастосовна функція є, безперечно, основною функцією судової практики. Завдяки суду відбувається розповсюдження загальних правил, зафіксованих у правовій нормі, на конкретні життєві обставини.

5. Інтерпретаційна функція виконується судами під час правозастосування (тоді її результат закріплюється у мотивувальній частині правозастосовного акту – рішення суду) та як самостійний вид діяльності (результат якої закріплюється окремим актом).

6. Правотворча функція не є основною функцією судової практики і виконується як додаток до правозастосовної чи інтерпретаційної діяльності. Суд вимушений доповнювати і виправляти закони, тобто займатися правотворчістю, "добудовою" права, коли при застосуванні норми права з'являються кілька варіантів її тлумачення, порушується питання про її співвідношення з певними загальними принципами права. Діяльність суду щодо доповнення закону найяскравіше проявляється за наявності прогалин в законодавстві.

7. Судова практика виробляє правоположення – стійкі типові рішення застосування правових норм, що реально здобувають риси загальних

правил. Правоположення за своїм значенням і роллю в судовій практиці наближаються до переконливих прецедентів, добре відомих англо-американській правовій сім'ї.

Література

1. *Карташов В. Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность.– Изд-во Сарат. ун-та, 1989.– С. 43.
2. *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права.– СПб.: Юридический центр Пресс, 2003.– С. 358.
3. *Гамбаров Ю. С.* Гражданское право. Общая часть.– М.: Зерцало, 2003.– С. 347.
4. *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2-х томах.– Т. I.– М.: Юрид. лит., 1981.– С. 340–341.
5. Див., наприклад: Морозова Л. О. Еще раз о судебной практике как источнике права // Государство и право.– 2004.– № 1.– С. 20; Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина.– Харків: Право, 2002.– С. 123, 126.
6. *Черданцев А. Ф.* Теория государства и права.– М.: Юрайт, 1999.– С. 349.
7. Орієнтовний перелік цих випадків див.: Загальна теорія держави і права / За ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина.– С. 363.
8. *Алексеев С. С.* Восхождение к праву. Поиски и решения.– М.: Норма, 2001.– С. 320.
9. *Алексеев С. С.* Указ. тр.– С. 321.
10. *Гредескул Н. А.* Общая теория права.– СПб.: Типо-Литография И. Трофимова, 1909.– С. 226, 227.
11. *Трубецкой Е. Н.* Энциклопедия права.– СПб.: Юридический институт, 1998.– С. 103–104.
12. *Черданцев А. Ф.* Толкование советского права.– М.: Юрид. лит., 1979.– С. 5.
13. *Алексеев С. С.* Государство и право. Начальный курс.– М.: Юрид. лит., 1994.– С. 181.
14. *Черданцев А. Ф.* Указ. тр.– С. 283.
15. *Лазарев В. В.* Эффективность правоприменительных актов: Вопросы теории.– Изд-во Казан. ун-та, 1975.– С. 83.
16. Порівняльне правознавство / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов; За ред. В. Д. Ткаченка.– Харків: Право, 2003.– С. 143.
17. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права.– М.: Статут, 1998.– С. 89.
18. *Погребняк С.* Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї // Вісник Академії правових наук України.– 2003.– № 4.– С. 96.
19. *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / Пер. с фр.– М.: Nota Bene, 2000. – С. 129.
20. *Мадьярова А. В.* Разъяснения Верховного Суда Российской Федерации в механизме уголовно-правового регулирования.– СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.– С. 56.
21. *Алексеев С. С.* Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи.– М.: Статут, 2000.– С. 103.
22. *Гредескул Н. А.* Указ. тр.– С. 231.
23. Zippelius, Reinhold. Juristische Methodenlehre.– 7., neubearb. Aufl.– Munchen: Beck, 1999.– S. 7, 66.
24. Кримінальне право України: Загальна частина.– Київ-Харків: Юрінком Інтер – Право, 2002.– С. 49.
25. *Алексеев С. С.* Указ. тр.– С. 118.
26. Zippelius, Reinhold. Вказ. праця.– S. 65, 67.
27. Общая теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева.– М.: Юристъ, 2001.– С. 263.
28. *Лазарев В. В.* Правоположения: понятие, происхождение и роль в механизме юридического воздействия // Правоведение.– 1976.– № 6.– С. 8.
29. *Алексеев С. С.* Теория права.– М.: БЕК, 1994.– С. 185–186.
30. *Алексеев С. С.* Указ. тр.– С. 119, 121.
31. *Лазарев В. В.* Правоположения: понятие, происхождение и роль в механизме юридического воздействия // Правоведение.– 1976.– № 6.– С. 9.
32. *Алексеев С. С.* Государство и право. Начальный курс.– С. 59.
33. *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: Курс лекций в 2-х т.– Т. 2. – Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1973.– С. 93.
34. Судебная практика в советской правовой системе / Отв. ред. проф. С. Н. Братусь.– М.: Юрид. лит., 1975.– С. 5.
35. *Барак А.* Судейское усмотрение / Пер. с англ.– М.: Норма, 1999.– С. 127.
36. *Гамбаров Ю. С.* Указ. тр.– С. 350.