

стійних утворення: «великий» ЄС, який складатиметься з 25 держав (15 країн-членів і 10 країн-кандидатів), і федерація національних держав, що складатиметься з країн-членів, які будуть готові піти на юридичне оформлення політичного і оборонного союзу;

по-третє, розтягування у часі процесу консолідації розширеного ЄС і подолання розриву між «старими» і «новими» країнами-членами.

На закінчення слід підкреслити, що подальша реалізація інтеграційних проектів у рамках ЄС, зокрема його розширення на Схід, обумовить долю не тільки європейської інтеграції, а й Європи в цілому. Для України, яка прагне бачити себе в ЄС, останній перетворюється не лише на мету, а й на гарант успішного реформування правової, економічної і соціальної систем, утвердження демократії.

*Надійшла до редколегії 26.03.03*

*С. Погребняк, доцент НЮА України*

## **Вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї**

Після здобуття незалежності Україна стала на шлях розбудови демократичної, соціальної, правової держави, визначивши це завдання як пріоритетне в ст. 1 Конституції України. Не викликає сумнівів, що розбудова такої держави неможлива без активної діяльності незалежної судової влади. Судова практика, що формується внаслідок її діяльності, суттєво впливає на розвиток національної правової системи.

На нашу думку, сучасна українська правова система є правовою системою перехідного типу, що тяжіє до романо-германської правової сім'ї, своєрідним асоційованим членом цієї сім'ї. Обраний Україною стратегічний напрямок до європейської інтеграції дозволяє прогнозувати приєднання її правової системи до сім'ї романо-германського права як повноправного члена після успішного завершення політико-правових реформ. Саме тому для нас є вельми корисним погляд на роль судової практики у правових системах тих держав, що належать до романо-германської сім'ї.

Розв'язання даної проблеми започатковано у теоретичних і порівняльно-правових дослідженнях представників вітчизняної і зарубіжної юридичної науки, зокрема Є. Алексєєва, Ж.-Л. Бержеля,

К. Гюнтера, М. Гредескула, Р. Давида, Ф. Зеккера, А. Жалінського, М. Козюбри, М. Коркунова, М. Марченка, А. Саїдова, П. Рабіновича, Т. Хартлі, Л. Еннекцеруса. Тому при роботі над цією статтею автор спирався на їх публікації. Проте дослідження зазначеної проблеми здебільшого не мали самостійного характеру: вони здійснювалися в контексті характеристики інших елементів правових систем романо-германської сім'ї, або ж зосереджувалися на аналізі особливостей судової практики в межах певної національної правової системи.

Метою цієї статті є вдосконалення теоретичних знань про вплив судової практики на юридичні акти в романо-германській правовій сім'ї. Для досягнення зазначеної мети автор ставив перед собою такі завдання: визначити поняття судової практики та її функцій; проаналізувати правозастосовну, правотворчу та інтерпретаційну функції судової практики; дослідити особливості судової практики в окремих державах романо-германської правової сім'ї; зробити висновки щодо ролі судової практики в романо-германській правовій сім'ї.

Отже, під судовою практикою ми розуміємо такий різновид юридичної практики, що полягає у правозастосовній, інтерпретаційній та правотворчій діяльності судів, яка втілюється у певних видах юридичних актів.

Функції судової практики — це основні напрямки її впливу на правову систему, які виражають її сутність і соціальне призначення.

Як відомо, основною функцією судової практики в романо-германській правовій сім'ї є правозастосовна функція. При застосуванні права йдеться про поширення загальних правил на конкретні життєві обставини. Застосування права є особливою формою реалізації права, що здійснюється уповноваженими суб'єктами і оформлюється в індивідуальних (ненормативних актах).

Застосування права — це владна індивідуально-правова діяльність, яка спрямована на вирішення юридичних справ на основі норм права і внаслідок якої до тканини правової системи приєднуються нові елементи — владні індивідуальні приписи. Якщо органи правотворчості закладають у правову систему загальні програми поведінки, то органи застосування права (провідним з яких є суд) в оптимальному випадку продовжують справу, розпочату правотворцем. Вони покликані забезпечити проведення в життя правових норм, конкретизоване їх втілення в реальних життєвих процесах з урахуванням особливостей тієї чи іншої конкретної ситуації.

Особливо цікавим є розгляд питання про існування у судовій практиці правотворчої функції. Для романо-германського права характерним є офіційне заперечення судової правотворчості. У державах, що належать до романо-германської правової сім'ї, на відміну від країн загального права суди лише інтерпретують пов'язані з кожним конкретним випадком заздалегідь підготовлені тексти законів. Тому вважається, що судові рішення є наслідком розуміння законів судами<sup>1</sup>.

Проте з приводу цієї тези ми можемо зробити два застереження.

По-перше, питання про можливість судової правотворчості вирішується у країнах романо-германського права по-різному. Це обумовлено історичними традиціями (деякі країни заохочували розвиток прецедентного права, інші — обмежували його), а також відповідною законодавчою регламентацією (закріпленням або заборонаю прецеденту як джерела права).

Так, характерною рисою французької доктрини є так звана впроваджена концепція правозастосування, що виникла ще за часів Французької революції. Згідно зі ст. 5 Цивільного кодексу Франції судді заборонено виносити рішення у вигляді положень загального або регламентарного характеру. Це означає, що суддя у своєму рішенні не може створювати норму права, яка буде застосовуватись в аналогічних випадках.

У німецькій правовій традиції рішенням судів відводиться більш значна роль, ніж у Франції. До легітимних функцій німецького суду належить, зокрема, функція розвитку і вдосконалення права, що включає повноваження на правотворчу діяльність. Це підтверджується рішенням Федерального конституційного суду Німеччини від 14 лютого 1973 р., в якому, зокрема, підкреслюється, що завдання та повноваження у сфері правотворчості — але завжди у межах конституції — ніколи не будуть оскаржуватися суддями<sup>2</sup>. Дослідники підкреслюють, що німецька система судових рішень має змішаний характер, якщо порівнювати її з французькою та англійською системами. У німецькій системі на відміну від французької визнається необхідність правового обґрунтування рішення судді, у постановках досить часто використовуються посилання на прийняті раніше рішення, однак на відміну від англійської системи відсутня обов'язкова сила прецеденту, за винятком рішень Федерального конституційного суду<sup>3</sup>. Втім, німецькі фахівці говорять про

<sup>1</sup> Див.: Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. — М., 2001. — С. 23.

<sup>2</sup> Див.: Зеккер Ф. Ю. Общие основы частного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / Пер. с нем. — М., 2001. — С. 31.

<sup>3</sup> Див.: Серверен Э. Роль судей и судебной практики в процессе нормотворчества // Судебная практика как источник права. — М., 2000. — С. 55.

існування непрямої обов'язкової сили судового рішення: судді намагаються утримуватись від того, щоб їх рішення скасовувались вищими судовими інстанціями, оскільки це завжди негативно впливає на їх судову кар'єру<sup>1</sup>.

Правотворча роль судової практики офіційно визнається також в Іспанії, де ця практика, що заснована на низці рішень Верховного суду Іспанії, формує так звану загальну правову доктрину (*doktrina legal*). Її порушення згідно з законом є однією з найважливіших підстав для оскарження судових рішень до Верховного суду<sup>2</sup>. До країн, що офіційно визнають прецедент як джерело права, належить також Швейцарія. У ст. 1 Цивільного кодексу цієї країни вказується на те, що у тих випадках, коли у законодавчих актах відсутні норми, які мають застосовуватись до справи, що розглядається, суддя повинен вирішувати питання відповідно до існуючого звичаєвого права, а у випадку, коли відсутній звичай, — відповідно до правил, які він створив би, якби був законодавцем. У процесі здійснення такого роду діяльності суддя не повинен виходити за межі, встановлені визнаними правовими доктринами та нормами прецедентного права<sup>3</sup>.

Особливо помітною є правотворча роль судів при заповненні прогалин у законах. У цьому випадку суди нерідко виступають як офіційні чи неофіційні «заступники» законодавця, здійснюють за впливом німецьких юристів «добудову права». Таке становище є природним для романо-германського права, оскільки закон не спроможний надати будь-якої миті ідеальний, математично відпрацьований типізований еталон (норму) для вирішення нерідко непередбачуваних, унікальних ситуацій<sup>4</sup>. За влучним висловом С. Алексєєва, суд — це не простий посередник між законом і реальним життям, а співтовариш і продовжувач справи законодавця<sup>5</sup>.

По-друге, судова практика суттєво впливає на нормативно-правові акти завдяки тлумаченню їх приписів. Тлумачення — це процес

<sup>1</sup> Див.: *Гюнтер К.* Судоустройство и сфера компетенции судов // Там само. — С. 66.

<sup>2</sup> Див.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / Пер. с франц. — М., 1996. — С. 104.

<sup>3</sup> Див.: *Марченко М. Н.* Сравнительное правоведение: Общая часть. — М., 2001. — С. 344.

<sup>4</sup> Див.: *Алексеев С. С.* Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М., 2000. — С. 117.

<sup>5</sup> Див.: Там само. — С. 122.

пізнання закону. Під тлумаченням права зазвичай розуміють певний розумовий процес, спрямований на визначення змісту норм права шляхом вияву значень і смислу термінів та виразів, які містяться у нормативних актах. Тлумачення має місце в будь-якому правозастосовному процесі, оскільки застосувати норму права можна тільки зрозумівши її смисл. Тому природно, що суди як органи правозастосування виконують інтерпретаційну функцію.

Норма права в романо-германській сім'ї в універсальній формі встановлює для невизначеного числа випадків, які правові наслідки настають за тих чи інших фактичних обставин, що описуються абстрактно<sup>1</sup>. Отже, норми права, що містяться переважно в нормативно-правових актах, встановлюють невичерпні та неперсоніфіковані правила і не регламентують деталі, оскільки правотворець не може точно передбачити розмаїття конкретних справ, які виникають на практиці і в майбутньому підпадатимуть під її регулювання. Загальний характер норми права автоматично збільшує роль судді в її тлумаченні, обумовлюючи надання суддям широкіх дискреційних повноважень при застосуванні норм та відкриваючи простір для творчого розширювального тлумачення. Тому роль судді у сім'ї романо-германського права не обмежується лише «роботою рота, завдяки якому говорить закон»<sup>2</sup>.

Отже, для того щоб мати повне уявлення про зміст права в країнах романо-германської правової сім'ї, недостатньо наявності лише знань про норми права, що містяться в офіційних джерелах, перш за все, у нормативно-правових актах. Право в країнах романо-германської сім'ї складається не тільки із законодавчих норм; воно включає також так звані «вторинні правові норми», що створюються у судовій практиці завдяки тлумаченню суддями законодавчих норм, уточнюють та доповнюють останні і містяться в судових актах. Норма, створена законодавцем, — це лише ядро, навколо якого обертаються «вторинні правові норми»<sup>3</sup>.

Таким чином, ми можемо стверджувати, що в деяких випадках інтерпретаційна і правозастосовна функції судової практики фактично перетворюються на правотворчу.

Сьогодні юристи романо-германського права все сміливіше говорять про наявність у судів правотворчої функції. Наприклад, у річному звіті Федерального верховного суду Німеччини за 1996 р.

<sup>1</sup> Див.: *Справочник по нормотворческой технике / Пер. с нем. — 2-е изд., перераб. — М., 2002. — С. 9.*

<sup>2</sup> *Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Пер. с франц. — М., 2000. — С. 145.*

<sup>3</sup> *Давид Р., Жоффре-Спинози К. Вказ. праця. — С. 72.*

зазначається, що жоден юрист уже не має сумнівів у тому, що в усі часи чинне право є сумішшю законодавчих норм і суддівського права та що останнє, втілюючись у судових актах, ніколи повністю не збіглося з положеннями законодавства. Обговоренню підлягає лише питання про межі суддівського права, але не його існування<sup>1</sup>.

Звичайно, слід застерегти те положення, що в межах романо-германської правової сім'ї правотворча функція не є основною функцією судової практики. У цій сім'ї діяльність суду не може бути безпосередньо спрямована на створення норм права. Ми констатуємо виконання судової практикою цієї функції як додаткової, що нібито доповнює правозастосовну чи інтерпретаційну діяльність судів, компенсує недоліки формально-юридичних джерел права, перш за все нормативно-правових актів.

У будь-якому випадку ми вимушені визнати, що суди у державах романо-германського права досить активно впливають на норми права у прямій та непрякій формах. Так, суди безпосередньо впливають на саме існування норми права, коли заважають набранню нею чинності, визнають її нечинною або такою, що не підлягає застосуванню. Йдеться переважно про роботу конституційних судів, що здійснюють попередній та наступний контроль за конституційністю нормативних актів. Безпосередній вплив здійснюється і завдяки судовій правотворчості, про яку йшлося вище. Непрямий вплив полягає в тому, що вищі судові інстанції контролюють тлумачення нормативних актів звичайними судами під час розгляду конкретних справ<sup>2</sup>.

Слід зазначити, що роль судової практики підвищується у тих державах романо-германської правової сім'ї, що є членами Європейських Співтовариств. Це пов'язано з тим, що в ЄС фактично визнані прецедентний характер рішень Суду ЄС та їх статус як найважливіших джерел європейського права<sup>3</sup>. Оскільки європейське право визнається складовою частиною національного права держав-членів ЄС, рішення Суду ЄС суттєво впливають на відповідні національні правові системи.

Досліджуючи значення судової практики у системі романо-германського права, слід звернути увагу на значну роль, яку остання відіграє в формуванні такого важливого джерела права, як загальні принципи права.

<sup>1</sup> Див.: Зеккер Ф. Ю. Вказ. праця. — С. 21.

<sup>2</sup> Див.: Серверен Э. Вказ. праця. — С. 47.

<sup>3</sup> Див.: Хорольський Р. Б. Судовий прецедент як джерело права Європейського Співтовариства // Проблеми законності. — 1999. — Вип. 39. — С. 204–209.

Загальні принципи — це положення (правила) об'єктивного права, які можуть втілюватися, а можуть і не втілюватися у законодавстві, але обов'язково застосовуються в судовій практиці і мають достатньо загальний характер<sup>1</sup>.

Отже, однією з характерних рис загальних принципів є їх формулювання і визнання судовою владою в судових актах. Як зазначає Ж.-Л. Бержель, хоча суддя завжди намагався позбутися ролі автора загальних принципів, ми не можемо не бачити в них його, судді, нормативної влади<sup>2</sup>. Головним джерелом загальних принципів є судова практика. Вона добуває принципи із закону або зі звичаїв за допомогою тлумачення. Посилання на деякі принципи, наприклад, на принцип справедливості, зустрічається у практиці Касаційного суду Франції вже у ХІХ ст., коли суд обґрунтовував рішення щодо незаконного збагачення.

Зв'язок загальних принципів із судовою практикою пояснюється тим, що в жодній з правових систем законодавство чи інші джерела писаного права неспроможні дати відповідь на всі питання, що виникають у судах. Таким чином, судді повинні створювати правові норми для вирішення проблем, що виникають перед ними. Проте якщо нормотворча роль суддів стає надто помітною, їх можуть звинуватити у перевищенні повноважень і викривленні законодавства. І тут на допомогу приходять концепція, розроблена у країнах романо-германського права, згідно з якою правові норми можуть бути виведені не тільки з нормативно-правових актів, але й із загальних принципів права. Це дає можливість судам застосовувати право навіть в умовах відсутності відповідних правових приписів<sup>3</sup>.

Висвітлюючи роль судової практики у правовій системі, слід наголосити також на тісному зв'язку між судовою практикою і правовим звичаєм. Як відомо, на сучасному етапі розвитку романо-германського права остаточно визнається, що звичай може розглядатись як джерело права лише після того, як він інтегрується в позитивне право, перетворюючись на його складову частину. Така інтеграція, або набуття звичаєм правового характеру, пов'язана з визнанням (легітимацією) звичаю державою і відбувається в основному судовим шляхом.

Як зауважує Л. Еннексерус, звичаєве право виникає головним чином із судової практики<sup>4</sup>. У цьому випадку звичай сприймається-

<sup>1</sup> Див.: Бержель Ж.-Л. Вказ. праця. — С. 167.

<sup>2</sup> Див.: Там само. — С. 166.

<sup>3</sup> Див.: Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества / Пер. с англ. — М., 1998. — С. 143, 145.

<sup>4</sup> Див.: Эннексерус Л. Курс Германского гражданского права / Пер. с нем. — М., 1949. — С. 146.

ся і застосовується судом, а рішення суду, що засноване на звичаї, забезпечується примусовою силою держави. Таким чином, суд ніби озброює звичай юридичною санкцією. Без судового визнання звичай не є обов'язковим, а відтак, не може вважатися правовим.

Отже, ми можемо сформулювати такі висновки.

1. Судова практика в романо-германській правовій сім'ї виконує правозастосовну, правотворчу і інтерпретаційну функції.

2. Для романо-германського права в цілому є характерним офіційне заперечення судової правотворчості. Проте в деяких країнах така можливість визнається. Таким чином, роль судової практики є різною в різних країнах романо-германського права, що дозволяє виділити відповідні національні доктрини.

3. Правотворча функція судової практики не є основною для романо-германського права. Вона є додатковою функцією, що нібито доповнює правозастосовну та інтерпретаційну діяльність судів, компенсує недоліки формально-юридичних джерел права, перш за все нормативно-правових актів. Правотворча функція судової практики є особливо помітною у випадках заповнення прогалин у законі, коли суди здійснюють «добудову права». Широкі дискреційні повноваження суду обумовлюються і загальним характером закону, що часто потребує розширювального тлумачення.

4. Роль судової практики в романо-германській правовій сім'ї підвищується у зв'язку з тим, що більшість держав, що належать до цієї сім'ї, є членами Європейського Союзу.

5. В романо-германському праві судова практика відіграє значну роль у формуванні загальних принципів права. Вона є головним джерелом цих принципів. Крім того, слід враховувати, що судова практика є основним засобом надання звичаям правового характеру.

*Надійшла до редколегії 10.10.03*

*О. Лисодед, доцент НЮА України,  
А. Степанюк, доктор юридичних  
наук (НЮА України)*

## **Покарання та громадські санкції у діяльності Служби тюрем і пробації Швеції**

За дорученням Кабінету Міністрів України Державним департаментом України з питань виконання покарань розробляється