

дення експертизи експертів на договірних засадах, у тому числі обов'язкової" та "у разі відмови слідчого, прокурора в задоволенні клопотання, сторони захисту про залучення експерта, особа, що заявила відповідне клопотання, має право звернутися з клопотанням про залучення експерта до слідчого судді". Але для того, аби сторона захисту могла скористатися послугами експерта, слід більш детально, і трохи по іншому, ніж це передбачено ст. 244 КПК України, виписати процедуру його залучення. А також увести на досудовому розслідуванні новелу щодо таких процесуальних дій як консультації та роз'яснення спеціаліста під час дослідження доказів на досудовому розслідування, подібно тому як це виписано у ст. 360 КПК України – для судового розгляду.

Усе це потребує визначення професійних спеціальностей (спеціалізації) та кількості спеціалістів (експертів) потрібно для виконання цих завдань.

У майбутньому Законі слід чітко прописати низку положень щодо ключових моментів, що досі не врегульовані чинним Кримінальним процесуальним кодексом України (про види експертиз, порядок звернення на їхнє проведення різними учасниками процесу тощо). Пересічний громадянин (на рівні з державою), без допомоги професійних юристів, повинен вільно та просто реалізовувати своє право на захист. У тому числі, коли виникає потреба у застосуванні спеціальних знань.

Таким чином, вбачається, що подальше вивчення, узагальнення та внесення рекомендацій щодо вдосконалення судової експертної практики триватиме.

О.С. Кізлова,

доктор юридичних наук, професор,

Інститут національного та міжнародного права

Міжнародного гуманітарного університету,

м. Одеса, Україна

КАТЕГОРІЇ «СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ» ТА «СУДОВА ПРАКТИКА» У СИСТЕМІ ДЖЕРЕЛ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Останнім часом у наукових колах України значно активізувалися дискусії щодо впровадження ідеї судової правотворчості. Безумовно, розширення судової юрисдикції, розвиток сильної та розгалуженої системи органів судової влади є невід'ємною рисою формування правової держави. Винесене судом рішення по конкретному спору містить правило поведінки, що має обов'язковий характер для сторін спору. У такому розумінні судові рішення нагадує правову норму. Тому, деякі вчені допускають можливість надання владних функцій і конкретному судовому рішенню, поширивши його дію на широке коло аналогічних ситуацій, а, отже, допускають можливість створення судами норм права і визнання їх рішення джерелом права.

Тенденція до розширення переліку джерел права, що спостерігається на всьому пострадянському просторі, пов'язана не тільки з впливом європейського права, але й з переглядом доктрини в цілому, що ґрунтується на відході від позитивістських начал і сприйнятті ліберально-правових концепцій розуміння сутності права (школи природного, соціологічного, цивілізаційного (культурологічного) права).

Термін «прецедент» (від лат. *praecedens* – попередній) має багато значень, хоча всі види прецедентів призначені для слідування їм тією чи іншою мірою у судовій практиці. Доктрина прецеденту ґрунтується на принципі *stare decisis* («стояти на вирішеному»), який походить від латинської фрази «*stare decisis et non quieta movere*», що означає «триматися прецедентів і не порушувати вже установленого».

Питанню юридичної сили прецеденту як джерела права у вітчизняній і зарубіжній юридичній літературі традиційно приділялася і приділяється велика увага. Правовий прецедент належить до тих понять в правовій науці, стосовно яких висловлюються суперечливі точки зору. Не тільки українські, але й зарубіжні вчені-юристи досі не можуть домовитися стосовно його правової природи. У романо-германській правовій сім'ї власне явище, що іменується прецедентом, є багатозначним і

відрізняється від судового прецеденту в системі загального права. Правові системи романо-германської правової сім'ї, проголошуючи спадкоємність традицій римського права, все ж таки відмовилися від «активної казуїстики» і проголосили верховенство закону. Джерела романо-германського права мають свої особливості, які пов'язані, з одного боку, з концепцією закону в країнах цієї сім'ї правових систем, суть якої полягає у пріоритеті закону перед всіма іншими джерелами права, а з іншого боку, з невизначеним і внутрішньо суперечливим статусом прецеденту в системі романо-германського права. Ця невизначеність і суперечливість виявляється у визнанні судового прецеденту в якості джерела права в одних країнах романо-германської сім'ї правових систем і невизнанні в інших.

В той же час в системі англійського права прецедентне право відіграє провідну роль, оскільки прецедент є основним джерелом права. Звідси і процесуальна спрямованість англійського права; не існує чіткого розмежування між матеріальним і процесуальним правом. Слід зазначити також, що з точки зору доктрини англійського прецеденту обов'язковим є не рішення, а норма права, що в ньому закріплена; єдиним, обов'язковим є тільки сутність рішення (*ratio decidendi*).

Літературними джерелами прецедентного права є різноманітні судові звіти й публікації судових рішень. Отже, можна виокремити ті рішення, які не слід вважати прецедентами.

В сучасний період в українській цивілістиці проблематика, пов'язана з місцем та роллю судової практики в системі джерел права, обговорюється, в першу чергу, на відповідному рівні вченими – теоретиками права [5].

Так, Л. А. Луць зазначає, що в системі джерел права в Союзі РСР та України відсутній правовий прецедент (зокрема, судовий), хоча можливість його появи впродовж тривалого часу обговорюється в літературі. На думку прихильників появи такого джерела, правовий прецедент сприятиме не просто збільшенню кількості суб'єктів правотворчості, а й дасть змогу відновити систему джерел права та надати гнучкості та динамізму всій правовій системі. Отож, існуюча система джерел права України з часом може бути доповнена судовим прецедентом, хоча в нинішньому стані вона виконує необхідну роль у структуруванні суспільного життя в Україні, у створенні ефективної, впорядкованої національної правової системи.

До речі, свого часу С. І. Вільнянський та інші вчені пропонували визнати джерелом права судову практику, заперечуючи при цьому можливість застосування у вітчизняній юриспруденції судового прецеденту як джерела права.

Нерідко судовий прецедент ототожнюють із звичайним рішенням суду, що в принципі є невірним. Але і в самій науці теорії права немає єдності щодо поняття прецеденту. Вбачається, що його розуміння не може бути уніфікованим, єдиним для різних правових систем.

Як вважає, А. І. Дрішлюк, термінологічно поняття «прецедент», як правило, використовується дослідниками, якщо йдеться про країни «загального права», а «судова практика» – щодо романо-германської сім'ї права. Втім, змістовне навантаження, яке в доктрині континентального права вкладається у поняття «судова практика», докорінно відрізняється від поняття судового прецеденту у англосаксонському праві, оскільки, на думку вчених, ці юридичні явища виникли і розвивалися в різних умовах історико-правового середовища.

Врахування цих особливостей слід розглядати передумовою імплементації у вітчизняне судочинство як практики Європейського суду з прав людини, так і концепції судового прецеденту загалом.

Вважається, що введення судового прецеденту в Україні є доцільним та можливим, оскільки відповідно до ст. 8 Основного Закону нашої держави в Україні визнається та діє принцип верховенства права. У Рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. (справа про призначення судом більш м'якого покарання) зазначається: «Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема, норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України».

В Україні судовий прецедент визнається джерелом права в одному випадку – при застосуванні практики Європейського суду з прав людини (далі – Суд).

Діяльність Суду передбачена Конвенцією про захист прав людини і основних свобод, положення якої – Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7, 11 до неї набрали чинності для України 11 вересня 1997 року.

На цей час питання застосування в українському праві практики Європейського суду з прав людини врегульовано Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р., ч. 1 ст. 17 якого встановлено, що [українські] суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Тому застосування судами України положень Конвенції не є їх правом, а є професійним обов'язком.

Відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р., при розгляді справ [українські] суди зобов'язані застосовувати Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Крім того, певні дослідники дотримуються позиції про те, що судова практика вже є джерелом права. Так, до числа судових актів, що містять нормативні приписи, на їх думку, можуть бути віднесені:

- рішення Конституційного Суду України;
- нормативне тлумачення Пленуму Верховного Суду України та Вищих спеціалізованих судів;
- рішення судів загальної юрисдикції, що скасовують дію нормативних актів;
- рішення судів по аналогії закону та права, а також на основі норм права, що містять оціночні поняття;
- рішення Європейського суду з прав людини.

Відповідно до статті 34 Закону України «Про судоустрій і статус судів», статті 360-7 Цивільного процесуального кодексу України, Верховним Судом України за наслідками розгляду заяв про перегляд судових рішень з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, прийнято ряд постанов та сформульовано обов'язкові для усіх судів України правові позиції.

Крім того, згідно з частиною другою статті 214 ЦПК України при виборі правової норми, що підлягає застосуванню до спірних правовідносин, суд зобов'язаний враховувати висновки Верховного Суду, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 355 цього Кодексу. Наприклад, що стосується інституту права власності, то відповідно до статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Тому, відповідно до положення статті 365 ЦК України вимога про попереднє внесення на депозитний рахунок суду вартості частки в спільному майні в разі припинення права власності за вимогою інших співвласників є однією з основних умов ухвалення рішення про позбавлення особи майна без її згоди, інакше буде вважатися, що особа незаконно позбавлена майна (постанова від 12 вересня 2011 року № 6-27 цс 11).

Судова практика – це особливе джерело цивільного права. Вона займає підлегле становище в структурі джерел цивільного права по відношенню до законодавчих актів: не повинна суперечити принципам, цілям і завданням законодавства, а також його змісту. Судова практика як джерело права носить допоміжний, компенсаторний характер: застосовується у разі відсутності норми закону.

Специфічне місце в ієрархії актів судової влади належить рішенням Конституційного Суду України. Відповідно до ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України», Конституційний Суд України приймає рішення у справах щодо:

- конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим;
- офіційного тлумачення Конституції та законів України.

Специфіка актів, що приймаються Конституційним Судом України, полягає, зокрема, у тому, що, не будучи органом, уповноваженим створювати норми права, він може змінювати або скасовувати їх, визнаючи відповідний правовий акт неконституційним повністю або в окремій його частині.

Крім того, специфіка полягає у наявності у Конституційного Суду України права офіційного тлумачення Конституції та законів України, а відтак – у загальній обов'язковості застосування відповідних тлумачень.

Серед рішень Конституційного Суду є такі, що безпосередньо стосуються цивільних правовідносин. Так, наприклад, рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Закону України «Про патентування деяких видів підприємницької діяльності», не лише дало можли-

вість роз'яснити положення окремої статті, але й визначити в нормативному порядку сферу дії норм цього Закону.

Водночас, на думку А. І. Дрішлюка, оскільки судова практика передбачає багаторазове, уніфіковане розв'язання судами однієї категорії справ (у вузькому сенсі), або сукупність всіх судових рішень, прийнятих на певній території (в широкому сенсі), то власне судова практика не може бути визнана джерелом права. В інших випадках суд виконує правозастосувальну, інтерпретаційну функцію, і приймаючи конкретне рішення у справі, враховує судову практику, яка може мати різну форму (наприклад, постанову Пленуму Верховного Суду України) щодо розгляду справ певної категорії вищими судовими інстанціями як прецедент тлумачення і прецедент правозастосування.

Необхідно відмітити, що певні правові передумови до застосування прецеденту закріплені в цивільному законодавстві України в дуже загальному вигляді. Так, відповідно до положень ст. 11 Цивільного процесуального кодексу України, у випадку відсутності закону, що регулює спірні правовідносини, суд застосовує закон, що регулює подібні правовідносини, а за відсутності такого закону суд виходить із загальних засад і змісту законодавства України. Цивільний кодекс України також розширює можливості із застосування правового прецеденту в правозастосовчій діяльності України.

О.С. Кузько,

кандидат юридичних наук, доцент,

Інститут національного та міжнародного права

Міжнародного гуманітарного університету,

м. Одеса, Україна

КОНОСАМЕНТ ЯК ПРАВОВА ПІДСТАВА ДЛЯ ВИДАЧІ ВАНТАЖУ ЗА ДОГОВОРОМ ПЕРЕВЕЗЕННЯ ВАНТАЖУ МОРСЬКИМ ТРАНСПОРТОМ У СУЧАСНИХ УМОВАХ

Відмінною особливістю зобов'язань з перевезення вантажу є використання спеціальних документів, що одночасно підтверджують прийняття вантажу до перевезення та виконують функцію договору між перевізником та вантажовідправником. Укладення договору перевезення вантажу морським транспортом передбачає використання спеціального документа, наділеного унікальними властивостями – коносаменту. Коносамент застосовується тільки при перевезеннях у водному сполученні. Такого документа не знають ні повітряні, ні автомобільні, ні залізничні перевезення. Це один з мастодонтів, що дійшли до нашого часу з епохи вітрильного флоту. І сьогодні коносамент має саме широке застосування. Перевізник, прийнявши пред'явлений йому до перевезення вантаж, на підставі даних, представлених вантажовідправником, видає останньому в декількох екземплярах особливий транспортно-комерційний документ, який і називається коносаментом («Bill of Lading» – англ.; «Connaissance» – франц.; «Konossement» – німець.; «Copocimento» – іспан.). Коносаменти виписуються на основі стандартних форм (бланків) [1]

Перевезення вантажів за коносаменами регулюються Міжнародною конвенцією по уніфікації деяких правил, які стосуються коносаментів 1921 р. (Гагські правила), Брюссельським протоколом 1968 р. по перегляду Гагських правил про коносаменти 1921 р. (Правила Гаага-Вісбі), Конвенцією ООН про морські перевезення вантажів 1978 р. (Гамбургські правила), яка поглинає Гагські правила та Правила Гаага-Вісбі. До Конвенції ООН про морські перевезення вантажів від 1978 р. приєднано біля 40 країн світу, однак Україна не є її учасником.

Відповідно до пункту 7 статті 1 Конвенції ООН про морські перевезення вантажів «коносамент означає документ, который подтверждает договор морской перевозки и прием или погрузку груза перевозчиком и в соответствии с которым перевозчик обязуется сдать груз против этого документа. Указание в документе о том, что груз должен быть сдан приказу поименованного лица или приказу, или предъявителю, представляет собой такое обязательство» [2].