Закона нормами о возможности передачи международных коммерческих споров, сторонами которых являются физические лица-предприниматели, государства, а также споров, в которых место выполнения значительной части обязательств и место, с которым спор наиболее тесно связан, находится в стране иной, нежели место осуществления коммерческой деятельности сторонами.

Ключевые слова: арбитраж, арбитрабельность, иностранный элемент, место арбитража, место осуществления коммерческой деятельности, спор.

Summary

Volodymyr Nahnybida. Problems of determining a foreign element in dispute resolution in international commercial arbitration.

The article is devoted to a comprehensive analysis of the problems of determining the arbitrability of disputes submitted for consideration and resolution to international commercial arbitration in terms of the presence or absence of a foreign element in such disputes. The theoretical foundations of the concept of a foreign element, arbitrability, criteria for determining the competence of international commercial arbitration regarding the resolution of a dispute are analyzed in detail. Also, the article, through the prism of the provisions of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, substantiates the need to improve article 1 of the Law of Ukraine «On International Commercial Arbitration». Based on theoretical and regulatory sources, court practice, the author concludes that it is necessary to supplement the provisions of the Law with norms on the possibility of transferring international commercial disputes to which individual entrepreneurs, states are parties, as well as disputes in which the place of fulfillment of a significant part of the obligations and the place with which the dispute is most closely related located in a country other than the place where the parties engaged in commercial activities.

The author also points out that the mechanism for determining the presence of a foreign element in assessing international commercial disputes in accordance with the provisions of the current legislation does not fully comply with international standards enshrined in UN acts. Now the provisions of the Law of Ukraine «On International Commercial Arbitration» require additions both in terms of the subject composition (individual entrepreneurs, foreign states), and by other criteria, including the place of fulfillment of a significant part of the obligations and the place with which the dispute is most closely connected. Direct work is currently underway to improve the relevant provisions, in the near future they will be submitted to parliament for consideration and adoption.

Key words: arbitration, arbitrability, foreign element, place of arbitration, place of business, dispute.

DOI: 10.36695/2219-5521.1.2020.73

УДК 340.142

В.П. НЕПИЙВОДА, І.В. НЕПИЙВОДА

Василь Петрович Непийвода, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Києво-Могилянська академія»*

ORCID: 0000-0001-6530-8071

Іванна Василівна Непийвода, аспірантка Докторської школи ім. родини Юхименків Національного університету «Києво-Могилянська академія»**

ORCID: 0000-0001-7331-0024

ДІЯЛЬНІСТЬ СУДІВ НАЙВИЩОГО РІВНЯ – ЧИННИК УТВЕРДЖЕННЯ ПРЕЦЕДЕНТУ ЯК ДЖЕРЕЛА ПРАВА УКРАЇНИ

Українське законодавство не послуговується терміном «прецедент». Це зрозуміло для правової системи романо-германської родини. Проте судовий прецедент є фактичним, «неформальним» джерелом права України. А свої ознаки як джерела права він виявляє насамперед у рішеннях Європейського суду з прав людини, у рішеннях Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції України та щодо вирішення питань про конституційність законів та інших нормативно-правових актів, а також у постановках Верховного Суду, в яких викладені висновки щодо застосування певних правових норм. Цю тезу можна довести за допомогою таких міркувань.

Дуже промовистою в цьому аспекті є діяльність Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Суд створено на підставі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Рим, 1950 р.)¹, і його найпершою метою є забезпечити дотримання й упровадження норм Конвенції та протоколів до неї у державах – членах Ради Європи. Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію та відповідні протоколи 17 липня 1997 р., прийнявши відповідний закон². Унаслідок ратифікації ця сукупність міжнародно-правових документів – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, а також протоколи, які доповнюють основний текст Конвенції, стали частиною національного законодавства України.

© В.П. Непийвода, І.В. Непийвода, 2020

* *Vasyl Nelyivoda, Ph.D. in Law, Associate Professor of National University of Kyiv-Mohyla Academy*

** *Ivanna Nelyivoda, Postgraduate student of Yuhymenko Family Doctoral School of the National University of Kyiv-Mohyla Academy*

Згідно зі ст. 32 Конвенції юрисдикція Європейського суду з прав людини поширюється, зокрема, й на всі питання тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї. Оскільки ЄСПЛ тлумачить норми Конвенції, виходячи із обставин конкретних справ, він об'єктивно впливає на значення цих норм, зазвичай деталізуючи їх. Тобто внаслідок діяльності суду реальний зміст норм Конвенції стає значно ширший за той, який безпосередньо відбито в її тексті та в тексті протоколів.

Розгляньмо конкретний приклад. Текст ст. 3 Конвенції дуже лаконічний, складається лишень із одного короткого речення: «Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню»³. Проте ЄСПЛ неодноразово витлумачив цю норму стосовно конкретних обставин. Зокрема, у справі *Похлебін проти України*⁴ йдеться про обов'язок держави дбати про належне самопочуття осіб, позбавлених волі, як такий, що впливає зі ст. 3 Конвенції, а також деталізовано, що саме такий обов'язок передбачає⁵. З огляду на це, рішення ЄСПЛ у цій справі відповідно до критеріїв загального права є не що інше як *зобов'язальний прецедент* (тобто такий, якого суд мусить дотримуватися)⁶.

Слід мати на увазі й те, що тлумачення – не єдиний шлях для формування правових позицій ЄСПЛ. Іншим є «автономна творчість» суду на основі цілей та настановчих засад Конвенції⁷. Скажімо, у згаданій справі *Похлебін проти України* ЄСПЛ сформулював так звані правила забезпечення належного самопочуття осіб, позбавлених волі, які передбачають, з-поміж іншого, надання належної медичної допомоги затриманому, документування його стану здоров'я і лікування, вчасність та адекватність діагностів. Це є не що інше як наповнення абстрактної норми Конвенції (ст. 3) вимогами з доволі високим ступенем конкретизації, яке здійснене через судовий прецедент.

З огляду на вже згадані вище положення ст. 32 Конвенції щодо повноважень ЄСПЛ тлумачити та застосовувати Конвенцію, доцільно погодитися із думкою О. Сороки. Вона полягає в тому, що за юридичною силою рішення ЄСПЛ (чи, радше, висловлені у них правові позиції) варто прирівнювати до Конвенції, оскільки за допомогою рішень ЄСПЛ розкривають зміст її норм. Водночас положення Конвенції не втрачають актуальності, адже в рішеннях ЄСПЛ норми розкрито з урахуванням змін, що відбуваються у суспільстві, тобто їх пристосовано до умов сьогодення⁸. Отже, рішення ЄСПЛ варто розглядати як органічне продовження Конвенції та засіб пристосування її до умов, які повсякчас змінюються в суспільстві.

Призначення ЄСПЛ не тільки і не стільки вирішити конкретну справу. Ширша мета полягає в тому, щоб усунути підстави для надходження до Суду заяв, спричинених проблемою, що вже була предметом розгляду в ЄСПЛ. Тому із волі держав, які є сторонами Конвенції, якщо подібний спір виникне у майбутньому, національні суди усіх рівнів, а також самий ЄСПЛ, зобов'язані враховувати попередні судові рішення ЄСПЛ, спиратися на їхнє обґрунтування. Тобто повною мірою діє засадниче для правових систем англо-американської родини правило *stare decisis et non quitera movere* (дотримуйся попередніх ухвал і не оспорюй вирішених питань) – доктрина прецеденту, *stare decisis*⁹.

Годі оминати увагою й те, що до рішень ЄСПЛ повною мірою застосовна структура прецедентного судового рішення, притаманного для англо-американського права. Вони також складаються із *ratio decidendi* та *obiter dictum*. *Ratio decidendi* (причина для рішення) – принципи права, на підставі яких суд виносить рішення. *Ratio* справи має бути виведене із її фактів, причин, якими суд обґрунтовує рішення, і з самого рішення¹⁰. Тлумачення норм Конвенції та позиції, сформовані на основі «автономної творчості», є нормативні (про що свідчить практика ЄСПЛ та судів національних держав). Отже, вони містять *ratio decidendi*, частину рішення, що розкриває його принципи, які обов'язкові для нижчих судів відповідно до доктрини прецеденту¹¹. Неодмінною частиною рішень ЄСПЛ є й *obiter dictum* (принагідна нотатка, сказане між іншим) – те, що оприлюднив суддя, розглядаючи справу, що, однак, не було істотним для рішення, не становить частини *ratio decidendi* справи і, отже, не має зобов'язального характеру¹². Наприклад, окрема думка чи застереження судді, яких не було відбито в кінцевому рішенні Суду. Водночас *obiter dictum* може правити за переконавче джерело (*persuasive authority*) у подальших справах, тобто бути виявом правової думки, яким може, але не мусить, скористатися суд, розглядаючи справу¹³.

Як уже було зазначено, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод є невід'ємною частиною законодавства України. З-поміж іншого наша країна без застережень поширила щодо себе чинність ст. 46 Конвенції (обов'язковість без укладення спеціальної угоди юрисдикції ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції) (п. 1 відповідного Закону)¹⁴. Отже, в такий спосіб Україна і формально юридично визнала обов'язковими для себе прецеденти ЄСПЛ, адже правила застосування та результати тлумачення норм Конвенції містяться саме в рішеннях цього суду.

Обов'язок українських судів застосовувати при розгляді справ Конвенцію та рішення ЄСПЛ впливає також зі ст. 17 і 18 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Крім того, Конвенції та рішенням ЄСПЛ має відповідати й адміністративна практика (ст. 13, 19)¹⁵.

Отже, можна обґрунтовано стверджувати, що судові прецеденти, які творить ЄСПЛ через правові позиції, викладені в його рішеннях, є джерелом права України. Це впливає із органічної єдності цих прецедентів із Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, а також прямого закріплення в законодавстві України обов'язку українських судів застосовувати рішення ЄСПЛ, розглядаючи власні справи.

Судовий прецедент як джерело права України функціонує і через рішення Конституційного Суду України. Цей суд, який є органом конституційної юрисдикції, уповноважений, з-поміж іншого, вирішувати питання про відповідність Конституції України (конституційність) законів України та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим; а також офіційно тлумачити Конституцію України¹⁶. Згідно зі ст. 151–2 Конституції України, рішення Конституційного Суду України, є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені¹⁷.

Оскільки Конституційний Суд України наділений такими повноваженнями, ті норми правових актів, що стали предметом його розгляду, не можна розуміти інакше, як їх розтлумачив Суд у своїх рішеннях. До того ж це обов'язково не лише для усіх судів держави, а й для всіх інших суб'єктів. Звідси випливає органічна єдність норм Конституції України та норм інших правових актів, які стали предметом тлумачення, із правовими позиціями Конституційного Суду України, що містяться в його рішеннях. Це безпосередньо вказує на те, що такі рішення є джерелом права України. Зазначена єдність норм Конституції України із правовими позиціями Конституційного суду України, вираженими в його рішеннях щодо тлумачення цих норм, нагадує зв'язок Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод із рішеннями ЄСПЛ.

Н. Орловська вважає, що й ті рішення Конституційного Суду України, якими визнано неконституційними нормативно-правові акти або окремі їх положення, також слід розглядати як джерело права¹⁸. М. Козюбра та інші вчені, загалом погоджуючись із такою позицією, зауважують, що згадані рішення є джерелом права до моменту внесення відповідних змін у нормативно-правовий акт або прийняття нового акта¹⁹. Однак ситуація видається не такою однозначною, адже мотивувальні частини рішень Конституційного Суду України про визнання неконституційними нормативно-правових актів можуть містити положення, які тлумачать зміст відповідних норм Конституції України та актів, конституційність яких перевіряв суд. На думку М. Цвіка та інших науковців, тлумачення норм Конституції України, яке зробив Конституційний Суд України в рішеннях про відповідність до Конституції України різноманітних нормативно-правових актів, не поступається за юридичною силою перед тлумаченням, яке надане в межах його ж рішень щодо офіційного тлумачення Конституції України²⁰. Воно також є загальнообов'язковим.

Показовим із огляду на зазначене може бути такий конкретний прецедент. Конституційний Суд України у підпункті 4.1. свого рішення у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України від 2 листопада 2004 р.²¹, крім визнання неконституційними окремих положень зазначеної статті, надав тлумачення, тобто розгорнене пояснення, принципу верховенства права. Цей принцип закріплено в ст. 8 Конституції України, однак тут його врегульовано коротко, із високим ступенем абстрактності, що притаманно для конституційних актів: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права»²². Хоча вимоги резолютивної частини цього рішення було виконано (внесено відповідні зміни до ст. 69 Кримінального кодексу України), немає жодних підстав уважати, що висловлена тут правова позиція щодо тлумачення принципу верховенства права втратила свою чинність. Цю правову позицію теж можна вважати прецедентом-тлумаченням. Отже, та частина рішення Конституційного Суду України про визнання неконституційним нормативно-правового акта або окремих його положень, яка містить *ratio decidendi*, залишається джерелом права і після внесення до акта відповідних змін або прийняття нового акта.

Цей аналіз правової природи рішень Конституційного Суду України дає підстави для висновку про їхню органічну єдність із Конституцією України та іншими нормативно-правовими актами, а отже, й про те, що рішення Конституційного Суду України мають усі ознаки судових прецедентів, належать до категорії прецедентів-тлумачень та є джерелом права України.

До прецедентів як джерел права України слід зарахувати й постанови Верховного Суду. Відповідно до ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»²³ ця інституція є найвищою в системі судоустрою України і покликана забезпечувати сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законодавством України. «Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановях Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права». Окрім того, інші суди, застосовуючи такі норми права, мають урахувати зазначені висновки (ст. 13 Закону). Як справедливо зазначає Н. Стецик, після внесення відповідних змін та доповнень до процесуальних кодексів виникла розбіжність у використанні деяких термінів. Насамперед – «правова позиція» чи «правовий висновок». Щодо їхньої чинності – «обов'язкові» чи «враховуються». Ця неузгодженість формулювань може спричинити неоднозначність розуміння природи правових висновків²⁴.

Такий підхід не можна вважати за докорінно новий. Він лишень формалізував порядок, що здавна (принаймні ще з радянських часів) неписано існував. В Україні, подібно до інших романо-германських правових систем, суд формально не був якось обмежений чи скерований рішеннями вищих судів в аналогічних справах. Однак для досягнення єдності системи права, однакової й передбачуваності судових рішень у подібних ситуаціях, що є важливою метою для будь-якої держави, через механізми апеляції, касації, прокурорського і судового нагляду було забезпечено їх увідповіднення до рішень найвищих судових органів. Тобто рішення таких органів фактично були зобов'язальними прецедентами для нижчих судів, хоч про це ніде в законодавстві не йшлося.

Отже, тепер вже й формально Верховний Суд уповноважений формулювати у своїх постановах правила застосування відповідних норм права в різноманітних ситуаціях. Оскільки такі правила обов'язкові для судів та інших суб'єктів владних повноважень, вони мають імперативний характер. Тобто з погляду теорії права, ці висновки містять не що інше як *ratio decidendi*, а обов'язок нижчих судів та інших суб'єктів владних повноважень застосовувати норму саме в розумінні, яке виклав Верховний Суд, є втіленням максими *stare decisis*. Тому очевидно, що зазначені постанови Верховного Суду мають виразні риси, притаманні прецедентам. Отже, їх слід уважати такими та джерелом права України.

Можна звернути увагу й на утвердження певних непрямих ознак прецедентного права в українській правовій системі. Насамперед це виразна еволюція способу викладу судових рішень. Від доволі коротких, опертих лише на відповідні норми належних актів законодавства, із рідкісними покликаннями на принципи права, без згадок про інші судові рішення (що властиво класичній романо-германській традиції) – до від-

носно розлогих, у яких для обґрунтування використано рішення інших судів та принципи права, може міститися тлумачення правових норм і принципів. Тобто рішення українських судів мають щораз більше ознак доробку судів англо-американської традиції, де судді ще й розвивають певні теоретичні аспекти, роблять істотний внесок у правове вчення. У країнах романо-германської правової традиції така роль покладена насамперед на науковців, які не лише висвітлюють загальнотеоретичні аспекти права, а й витлумачують конкретні положення правових актів, зокрема у вигляді науково-практичних коментарів.

Зазнає змін і форма оприлюднення для широких кіл фахівців і громадськості рішень судів. Традиційно в Україні її здійснювали через видання постанов пленумів вищих судових органів. Вони спиралися на узагальнення й аналіз практики нижчих судів. Однак такий аналіз мав знеособлений характер, без вказівки на конкретні рішення нижчих судів, і охоплював відносно невелику кількість справ. Цей стан, зокрема під впливом доби інформатизації, зазнав докорінних змін, сягнувши якісно нового рівня. Унаслідок запровадження й функціонування Єдиного державного реєстру судових рішень та інших потужних інформаційних ресурсів цілковита більшість рішень українських судів з високим ступенем деталізації стали приступними не лише для правників-практиків, а й для науковців та широкого загалу. Також у різних формах широко оприлюднюються матеріали судової практики ЄСПЛ та інших міжнародних судових інституцій. Тобто кількісні й якісні показники обсягу інформації щодо конкретних судових рішень в Україні тепер уже порівнювані з тими, які наявні в країнах англо-американської правової родини унаслідок багаторічного оприлюднення збірників судових справ.

Оцінюючи перспективи розвитку, доречно наголосити, що описані явища в українській правовій системі діються не відрубно. Загалом вони охоплені загальним спрямуванням, притаманним для країн континентальної Європи, на істотне зростання ролі загальноєвропейських і національних судів саме як нормотворчих інституцій. Це свідчить про подальше становлення там різних видів прецеденту як фактичного джерела права.

Найімовірніше, ця тенденція ставатиме дедалі виразнішою. Водночас дуже малоімовірним видається перехід правових систем континентальної Європи до англо-американської моделі навіть у далекій перспективі. Такий «тектонічний» зсув вимагав би надто глибоких змін, шкода від нього значно перевершила б потенційні надбання. Тому, ймовірно, європейські держави, а серед них і Україна, рухатимуться у напрямі моделі *мішаної правової системи*. На цей час системи, найближчі до такої моделі, успішно діють у країнах Північної Європи. Хоч кореняться в романо-германській правовій традиції, вони надають доволі широкий простір для функціонування прецеденту як джерела права. Творити прецеденти, зазвичай переконавчі, можуть найвищі та почасти апеляційні суди. Тобто прецедент у тих системах має цілком окреслене, виразне становище.

У випадку України діяльність судових інституцій найвищого рівня є насамперед своєрідним каналом, який забезпечує надходження до її правової системи щораз більших обсягів права, яке за своєю природою є прецедентним. Це, своєю чергою, урухомлює механізми, потрібні для його життєдіяльності, і які загалом тотожні до таких в англо-американському праві. І, нарешті, в той чи інший спосіб проходить формалізація прецеденту (хоч самого цього терміна законодавство не вживає). Такий процес має загалом позитивний характер, оскільки дає змогу українській правовій системі доволі швидко пристосовуватися до реалій сучасності.

Для належного забезпечення згаданого процесу видається доцільним термін «(судовий) прецедент» та похідні від нього поширити за межі суто наукових текстів і упровадити в практичну сферу. Зокрема, відбити в процесуальному законодавстві України роль судового прецеденту як джерела права. Це забезпечить тверде підґрунтя для функціонування прецеденту в правовій системі України, сприятиме точності, викоренить двозначність, увідповіднить теоретичні схеми до реального стану речей.

Розглянувши окремі аспекти прецеденту та його виявів у праві України, можна твердити, що рішення Європейського суду з прав людини, рішення Конституційного Суду України та постанови Верховного Суду забезпечують судовому прецедентові фактичну роль джерела права України та поступову формалізацію цього статусу. Такий процес має загалом позитивний характер, і його варто підсилити, впровадивши термін «прецедент» в практичну сферу, передовсім відбити в процесуальному законодавстві України роль судового прецеденту як джерела права.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004/ed20100601

² Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції. Закон України від 17 липня 1997 р. (зі змінами).

³ Конвенція про захист прав людини...

⁴ Pokhlebin v. Ukraine, Application no. 35581/06, European Court of Human Rights, 20 May 2010.

⁵ Рішення Європейського суду з прав людини проти України за статтями 2 та 3 Конвенції щодо порушення прав позбавлених волі на медичну допомогу / упоряд. Є.Ю. Захаров, Г.В. Токарев; ГО «Харківська правозахисна група». Харків: ТОВ «Видавництво права людини», 2015. С. 16.

⁶ Black's law dictionary: 7th ed. St. Paul, Minn. : West Group, 1999. P. 1195.

⁷ Туманов В.А. Европейский Суд по правам человека: очерк организации и деятельности. Москва : Норма, 2001. С. 107.

⁸ Сорока О.О. Деякі питання застосування практики ЄСПЛ (кримінально-правовий аспект). *Право і суспільство*. 2014. № 1–2. С. 267.

⁹ Black's law dictionary... P. 1692, 1414.

¹⁰ Ibid. P. 1269.

¹¹ A Dictionary of law: 3rd ed. Oxford ; New York : Oxford University Press, 1994. P. 381, 348.

¹² Ibid. P. 314.

¹³ Black's law dictionary... P. 1195.

¹⁴ Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини...

¹⁵ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини. Закон України від 23 лютого 2006 р. (зі змінами).

¹⁶ Про Конституційний Суд України. Закон України від 13 липня 2017 р. (зі змінами).

¹⁷ Конституція України. Від 28 червня 1996 р. (зі змінами).

¹⁸ Орловська Н.А. Джерела кримінального права України: актуальні питання сучасного контексту. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Юридичні науки*. 2014. № 2. С. 42.

¹⁹ Загальна теорія права / М.І. Козюбра та ін. Київ: Байте, 2015. С. 163.

²⁰ Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М.В. Цвік та ін. Харків: Право, 2009. С. 188.

²¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). Справа № 1-33/2004. 2004.

²² Конституція України...

²³ Про судоустрій і статус судів. Закон України від 02 липня 2016 р. (зі змінами).

²⁴ Стечик Н. Прецедентна судова практика: аналіз етапів запровадження та розвитку в Україні. *Вісник Львівського університету*. 2019. Вип. 68. С. 40–41 (Серія «Юридична»).

Резюме

Непийвода В.П., Непийвода І.В. Діяльність судів найвищого рівня – чинник утвердження прецеденту як джерела права України.

Попри брак офіційного визнання судовий прецедент є фактичним джерелом права України. У статті розглянуто шляхи, якими рішення Європейського суду з прав людини, рішення Конституційного Суду України та постанови Верховного Суду забезпечують судовому прецеденту таку роль. Зазначено, що це урахує механізми, потрібні для функціонування прецеденту, і спричиняє його формалізацію. Наголошено, що такий процес має загалом позитивний характер, оскільки дає змогу українській правовій системі доволі швидко пристосовуватися до реалій сучасності. Його варто підсилити, впровадивши термін «прецедент» у практичну сферу, передовсім відбити в процесуальному законодавстві України роль судового прецеденту як джерела права.

Ключові слова: судові рішення, джерело права, *stare decisis*, Європейський суд з прав людини, Конституційний Суд України, Верховний Суд.

Резюме

Непийвода В.П., Непийвода І.В. Деятельность судов высшего уровня – фактор становления прецедента как источника права Украины.

Несмотря на отсутствие официального признания, судебный прецедент является фактическим источником права Украины. В статье рассмотрены пути, которыми решения Европейского суда по правам человека, решения Конституционного Суда Украины и постановления Верховного Суда обеспечивают судебному прецеденту такую роль. Отмечено, что это приводит в движение механизмы, необходимые для функционирования прецедента, и вызывает его формализацию. Подчеркивается, что такой процесс имеет в целом позитивный характер, поскольку позволяет украинской правовой системе довольно быстро приспособляться к реалиям современности. Его следует усилить, введя термин «прецедент» в практическую сферу, прежде всего отразить в процессуальном законодательстве Украины роль судебного прецедента как источника права.

Ключевые слова: судебное решение, источник права, *stare decisis*, Европейский суд по правам человека, Конституционный Суд Украины, Верховный Суд.

Summary

Vasyl Nepiyvoda, Ivanna Nepiyvoda. The highest courts' activities as a factor establishing precedent in the capacity of a source of Ukrainian law.

The Ukrainian legislation does not apply the term «precedent». It is understandable for the legal system of the Romano-Germanic family. However, judicial precedents serve as *de facto* source of Ukrainian law. Activities of the highest judicial institutions, the European Court of Human Rights (ECtHR), the Constitutional Court of Ukraine and the Supreme Court, providing guidelines on application of particular legal rules are principal contributors for this state of affairs. The paper provides an overview of such activities in order to evaluate the process and its prospects.

Covering the ECtHR activities, it is noted that the key elements of precedent law, such as application of *stare decisis* doctrine, *ratio decidendi* and *obiter dictum* components in decisions, are available there. Ukrainian courts are obliged by the statutes to apply ECtHR judgements and decisions in their own cases. Hence, the judicial precedents created by the ECtHR are the source of Ukrainian law. This discussion is followed by an analysis of the Constitutional Court of Ukraine decisions. It is concluded that been interpretative precedents they serve as a source of law as well. The third institution under examination, the Supreme Court, is empowered, *inter alia*, to formulate in its rulings guidelines for the application of law in a variety of situations. Since such rules are binding on the courts and other authorities, they have inherent features of the precedents and should be considered as a source of law.

The article summarizes that Ukraine falls within the continental Europe's general trend. It implies the significant growth of the role of the European and national courts as a rule-making institutions resulting in reinforcement of the precedent as a source of law and its formalization in terms of the civil law jurisdictions. In general, such process allowing prompt adaptation to the contemporary realities is positive. To facilitate it, the term «precedent» have to be introduced into the practical area. In particular, the role of judicial precedent as a source of law should be reflected in the Ukrainian procedural legislation.

Key words: judgment, source of law, *stare decisis*, European Court of Human Rights, Constitutional Court of Ukraine, Supreme Court.