

For further investigation of the place of law enforcement acts in the system of legislation, we will understand under the legislation a system of coordinated, subordinate normative acts aimed at ensuring public order and the formation of an effective model of the rule of law. It normative act is a systemic and multifaceted legal category, which includes the whole set of acts that are normative and individual.

Variety of representations of scientists in relation to the essence of law enforcement acts is determined by the diversity of law as a means of regulatory influence, polyvariant significance of law enforcement, the plurality of ideas about the properties of this legal document, the relevance of the law of law enforcement from:

- a) the way of external manifestation of the rules of conduct;*
- b) the result of consideration of a particular case;*
- c) the targeting of the regulation of specific cases;*
- d) the ratio of the state of certain life circumstances and their compliance with legal norms;*
- e) a clause for clearly defined entities;*
- f) the definition (establishment) of specific rights and responsibilities certain subjects;*
- g) state-power orders.*

Proceeding from the foregoing, it is possible to determine the place of law enforcement acts in the system of legislation:

- this is a kind of individual normative acts and components of legislation in its broad sense as a set of normative acts;*
- this is the legal form of the implementation of the rules of material and procedural law;*
- this is a document of authority to the body, which is accepted if it possesses state power authority;*
- this is the result of the creative intellectual activity of the subjects;*
- aimed at regulating behavior in specific situations;*
- has a documentary character; a normative basis and is generally mandatory;*
- generates legal consequences;*
- establish specific rights and obligations of participants in public relations;*
- is a means of specifying abstract norms and their implementation into practice;*
- have a branched species structure;*
- is a means of determining the effectiveness of legislation.*

Key words: *legislation, essence, nature of law, normative acts, law enforcement acts.*

DOI: 10.33663/0869-2491-2019-30-35-43

УДК 340.142

Б.В. МАЛИШЕВ

*Київський національний університет
імені Тараса Шевченка
доктор юридичних наук, доцент*

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРЕЦЕДЕНТНОЇ НОРМИ ПРАВА

У статті запропоновано теоретико-правовий аналіз прецедентної норми права. Надано визначення, окреслено істотні ознаки цього явища. Описано специфіку диспозиції та гіпотези прецедентної норми.

Ключові слова: прецедентна норма, судовий прецедент, правова система.

Малышев Б. В. Теоретико-правовая характеристика прецедентной нормы права
В статье предложен теоретико-правовой анализ прецедентной нормы права. Дано определение, очерчены существенные признаки указанного явления. Описана специфика диспозиции и гипотезы прецедентной нормы.

Ключевые слова: прецедентная норма права, судебный прецедент, правовая система.

Malyshev B. V. Theoretical and legal aspects of the precedent-setting legal norm

Present article suggests theoretically oriented legal analysis of the legal norm which inherently is of precedent-setting nature. The discussion starts with the variety of definitions on the precedent-setting legal norm, suggested in the cotemporary legal literature. Then, the author contextualizes the essential features of this phenomenon. Finally, the specifics of the disposition and hypotheses of this type of legal norm are described.

Key words: ratio decidendi, judicial precedent, legal system.

Розвиток вітчизняної правової системи наразі відбувається під впливом глобалізаційних процесів, у зв'язку з чим інтенсифікувались розробки щодо імплементації до національного права тих чи інших юридичних конструкцій та моделей, які належать до найкращих правових надбань провідних західних країн. При цьому автори таких розробок, так само як і фахівці, які безпосередньо забезпечують імплементаційні процеси, часто не враховують того, що без відповідних модифікацій ці конструкції не можуть ефективно функціонувати в інших умовах, ніж ті, де вони виникли. Тому навіть вдале їх перенесення на новий ґрунт може не дати очікуваних результатів. Особливо це стосується запозичень з права країн англо-американської правової сім'ї, зважаючи на специфіку функціонування прецедентної форми права.

Зважаючи на це, метою цієї статті є формулювання характеристик прецедентної норми права як явища, що має істотні відмінності порівняно із нормами права, які містяться у нормативно-правових актах.

Деякі англійські дослідники¹ вказують на помилковість розгляду прецедентного права серії рішень, з аналізу яких можна робити висновки, що «Х виграв справу, а Y програв», адже насправді воно являє собою сукупність рішень, аргументованих принципами, що розробляються судами протягом століть та закріплюються численними прецедентами. У літературі наводяться слова Менсфілда, який у XVIII ст. зазначав, що загальне право складається не з окремих судових справ, а з загальних принципів, які ілюструються та пояснюються цими справами². З огляду на тему цієї статті важливим є те, що поняття «юридична норма» (legalrule) і «юридичний принцип» (legalprinciple) англо-американські дослідники, як правило, не розглядають як такі, що мають суттєві відмінності.

У вітчизняній та пострадянській юридичній літературі практично немає комплексних робіт стосовно прецедентної норми права: лише І. Богдановська³, а згодом О. Скакун⁴ зробили невеликі за обсягом спроби з'ясувати деякі особливості дії прецедентної норми у просторі та часі.

Прецедентна норма права є вихідною ланкою прецедентної форми регулювання суспільних відносин. Судовий прецедент і прецедентна норма права співвідносяться як форма та зміст за аналогією, як норма права є змістом нормативно-правового акта. Проте хибним є твердження про те, що ratio decidendi – це

ї є судовий прецедент, оскільки, незважаючи на те, що прецедентна норма є змістом судового прецеденту, вона його не підміняє.

Як зазначає авторитетний правознавець А. Кіралфі, рішення суду має розглядатися в трьох аспектах. По-перше, воно виступає як документ, що вирішує спір між сторонами справи. По-друге, воно являє собою результат дослідження судом обставин справи. По-третє, воно містить обґрунтування того чи іншого правоположення, що є юридичною основою такого рішення. При цьому зазначене обґрунтування є: а) корисним для судів, які є вищими за ієрархією; б) обов'язковим для рівних за ієрархією судів в інтересах забезпечення єдності та одноманітності у відправленні правосуддя; в) обов'язковим для нижчих судів з причини його юридичного статусу⁵. Отже, А. Кіралфі підтверджує нашу думку щодо необхідності розгляду питання про визначення судового прецеденту крізь призму норми права, яку він містить.

Свого часу А. Дайсі писав, що найсуттєвішою перевагою прецедентного права є невід'ємний зв'язок його приписів з засобами своєї реалізації⁶. Функціонування англійського судового прецеденту забезпечується доктриною прецеденту, яка складається з правил та принципів застосування прецеденту, сформульованих у процесі багатовікової практики судів. Основою доктрини прецеденту (та й усього прецедентного права взагалі) є принцип *stare decisis* (вирішити так, як було вирішено раніше), який повністю сформувався лише у ХІХ ст. У загальних рисах цей принцип можна визначити так: кожний суд зобов'язаний слідувати прецеденту вищого суду, при цьому вищі суди в переважній більшості випадків зв'язані своїми попередніми прецедентами.

Але сила принципу *stare decisis* поширюється не на все рішення, обов'язковим є тільки його правовий принцип (*ratio decidendi*). Р. Кросс пише, що *ratio decidendi* прецеденту – це будь-яка норма права, яка прямо або побічно тлумачиться суддею як необхідний крок в досягненні рішення, включаючи хід його міркувань чи обов'язкову частину його вказівки присяжним⁷. Для Д. Салмонда *ratio decidendi* – це загальнообов'язковий правовий принцип судового рішення⁸. У. Джелдарт вважає *ratio decidendi* принципом, на якому базується судові рішення⁹. Також є англійські дослідники, які розглядають *ratio decidendi* як аргумент, що використовується суддями для обґрунтування свого рішення, без якого воно могло б бути зовсім іншим. Водно час необов'язкова частина рішення має назву *obiter dictum* (попутно сказане).

Коли кажуть, що суд зобов'язаний слідувати прецеденту або що він є зв'язаним (*bind*) рішенням, мають на увазі обов'язок судді застосувати конкретне *ratio decidendi* до фактів справи, яка розглядається, за умови відсутності юридично логічної відмінності між даними фактами та фактами, до яких застосовувалось *ratio decidendi* в попередній справі¹⁰. Ступінь тотожності справ визначається виходячи з порівняння їх суттєвих обставин та фактів. Якщо певний спір не має жодної прийнятної аналогії, суд діє на свій розсуд, тобто фактично стає суб'єктом правотворчості. За умови відсутності прийнятного прецеденту або норми закону для вирішення конкретної спірної ситуації англійські судді своїм рішенням створюють нову норму права для такої ситуації.

Отже, *ratio decidendi* являє собою прецедентну норму права. Така норма права є побічним результатом судового розгляду конкретного спору, однак це само по собі не позбавляє її нормативності, формальної визначеності та не-

персоніфікованості. Хоча прецедентна норма права і може бути встановлена одним прецедентом, часто подальшим використанням цього прецеденту відбувається її уточнення. Тому для формування повного змісту прецедентної норми необхідно декілька прецедентів, де вона деталізується щодо нових комбінацій обставин спору. Підтверджуючи цю думку, Д. Салмонд розрізняє два види *ratio decidendi*: а) які містять загальні принципи; б) які містять уточнення деяких аспектів загальних принципів¹¹.

Прецедентне право може існувати тільки за наявності системи записів текстів самих прецедентів¹². Отже, прецедентного характеру набувають лише ті рішення вищих судів Англії, які опубліковані у судових звітах. До звітів потрапляють лише ті справи, які привносять до права дійсно щось нове¹³. Так проявляється своєрідність взаємозв'язків між прецедентною нормою та звітом: звіт надає їй юридичної сили, але не надає їй диспозиції повної текстуальної визначеності (незважаючи на те, що за допомогою мовних засобів вона набуває матеріалізованої форми).

Втім, протокол судового рішення не є тотожним нормі права, що в ньому міститься, адже, як ми зазначали, обов'язкового характеру набуває тільки правовий принцип (*ratio decidendi*) вирішення спору, який у рішенні текстуально майже ніколи не виділяється. Тому є помилковим вважати прецедентне право писаним, ґрунтуючись на тому, що судді при зверненні до прецедентів використовують звіти, оскільки слова протоколу судового рішення «є лише воротами до того, що знаходиться за ними»¹⁴. Тому важливий не сам текст рішення, а «ідея, що стоїть за словами»¹⁵. Таким чином, нормативна сила прецеденту як джерела (форми) права, на відміну від закону, не обмежується своїм текстом, тому що її зміст розкривається при наступному розгляді аналогічних справ. Це явище Р. Дворкін називає «гравітаційною силою прецеденту»¹⁶.

З зазначеного випливає, що в розумінні терміна *ratiodecidendi* потрібно виділяти два аспекти: 1) *Ratiodecidendi* – це правова основа рішення, що відповідає версії суду, у рішенні якого воно міститься; 2) *Ratio decidendi* – це правова основа рішення, яка встановлена пізніше в інтерпретації іншого суду при розгляді аналогічної справи¹⁷. Стосовно цього У. Джелдарт писав, що поки прецедент не використаний іншим судом при обґрунтуванні вирішення схожої справи, до того моменту існують значні сумніви щодо змісту його *ratio decidendi*¹⁸.

Узагальнюючи думки Т. Апарової¹⁹ та Д. Джейкоба²⁰, зазначимо, що критерієм класифікації прецедентів є ступінь урегульованості суспільних відносин, що існувала перед набуттям чинності певним прецедентом. Прецеденти, що усувають прогалини у правовому регулюванні і таким чином створюють нову норму, є креативними. Проте іноді креативний прецедент містить норму, яка, по суті, замінює вже існуючу в прецедентному праві, але застарілу норму, зважаючи на це, креативні прецеденти поділяються на два підвиди: ті, що доповнюють право (*suppletory precedents*); ті, що відміняють право (*abrogative precedents*)²¹.

Прецеденти, які деталізують або тлумачать вже існуючі норми права, є деклараторними. Деклараторні прецеденти поділяються на два види: власне деклараторні прецеденти (ті, які уточнюють та деталізують норми прецедентного права); прецеденти тлумачення (ті, що визначають порядок застосування положень законів).

Продовжуючи думку Е. Леві²², зазначимо, що суддя при створенні прецеденту тлумачення є більш обмеженим у своїх діях, ніж при створенні простого деклараторного прецеденту, оскільки формулювання норми закону завдають певного напрямку змісту нормі прецеденту тлумаченню.

Деклараторні прецеденти мають ту ж саму юридичну силу, що і креативні. У період свого становлення (XII–XIV ст.) англійське прецедентне право майже повністю складалося з креативних прецедентів, однак у результаті розвитку законодавства основна маса нових прецедентів, починаючи з XIX ст., стала деклараторними, більша частина з яких є прецедентами тлумачення. Зрозуміло, що креативні прецеденти мають значно більшу цінність для розвитку права.

Перейдемо до розгляду прецедентної норми права (*ratio decidendi*), під якою ми розуміємо загальнообов'язкове правило поведінки, що створюється суддею при формулюванні основного принципу обґрунтування прийнятого ним рішення у конкретній справі і поширюється на судовий розгляд схожих справ.

За функціональною роллю прецедентної норми, як і норми закону, можна класифікувати на первісні норми (норми-принципи, норми-дефініції) та норми-правила поведінки.

Зауважимо, що нормою є безпосередньо сам принцип вирішення спору, а не його опис у тексті рішення і не міркування судді, які привели його до створення цього принципу.

Дослідники, аналізуючи особливості норми права, сформованої прецедентним шляхом, зазначають, що для неї є характерним: індивідуальна спрямованість, казуїстичний характер, і, найголовніше, така норма являє собою модель конкретного рішення, а не абстрагування від окремих ситуацій. Однак ми вважаємо, що слід дещо уточнити тезу, відповідно до якої прецедентна норма не має «абстрактно-узагальненого змісту загального характеру»²³. Зробимо ми це через з'ясування особливостей внутрішньої структури прецедентної норми порівняно зі структурою норми закону. Юридична техніка формулювання норм законів у різних правових системах суттєво відрізняється, тому тут і нижче мається на увазі закон як одне з джерел (форм) права країн з романо-германським типом правової системи.

Оскільки повністю аналогічних справ не існує, суддя не може механічно використати попереднє судове рішення просто як шаблон: у більшості випадків він має знайти у рішенні по схожій справі його *ratio decidendi*, яке він потім формулює для себе в абстрактній формі. Як пише У. Джелдарт, процес застосування суддею прецедентної норми до конкретних фактів завжди відбувається через узагальнення²⁴. Таким чином, прецедентна норма має абстрактно виражений зміст, але він не є повністю об'єктивованим, тобто вираженням зовні. Стосовно цього слід вказати, що зважаючи на те, що *ratio decidendi* являє собою певне загальнообов'язкове правило поведінки, яке встановлено уповноваженим органом державної влади, воно вже є нормою права, адже закріплення правила поведінки обов'язкового характеру є необхідною властивістю будь-якої юридичної норми. При цьому не має особливого значення спосіб та засіб текстуального виразу такого правила поведінки.

Водночас однією з основних ознак норми права є її формальна визначеність, яка зумовлюється визначеністю елементів її внутрішньої структури.

У зв'язку з цим перейдемо до порівняння структурних елементів норми закону з прецедентною нормою. Почнемо з диспозиції. Як ми вказували, *ratio decidendi* у тексті рішення не виділяється, тобто текстуальний вираз прецедентної норми завжди має майже приховану диспозицію (яка міститься у «глибинах» тієї частини тексту судового рішення, де наводиться аргументація судді), адже *ratio decidendi* потрібно відокремити від *obiter dictum*. Однак навіть у чітко викладених формулюваннях закону диспозиція та гіпотеза певної норми також часто є у прихованому вигляді: як пише П. Недбайло, нерідко диспозицію від гіпотези можна виокремити тільки за допомогою спеціальних логічних прийомів²⁵. Будь-який практикуючий юрист може навести багато прикладів, коли на перший погляд доволі чітка і зрозуміла норма кодексу при застосуванні її до певної ситуації перетворювалася на своєрідний ребус з декількома варіантами вирішення. Тому слід безумовно погодитися з доволі категоричним твердженням американського дослідника Е. Леві про те, що у певному сенсі юридичні норми ніколи не бувають цілком прозорими та безспірними²⁶.

Отже, не слід перебільшувати значення того, що ступінь формальної визначеності диспозиції норми закону перевищує визначеність диспозиції прецедентної норми. Більше того, результати порівняння ступеня визначеності диспозиції ще не дає підстави стверджувати, що норма закону формально визначена, а прецедентна – ні. Адже незважаючи на те, що диспозиція є найважливішою частиною норми права, вона, взята у відриві від гіпотези або санкції, в жодному разі не може вважатися нормою права, оскільки встановлена у диспозиції модель поведінки набуває юридичного значення та може бути застосованою до суспільних відносин лише за умови існування нерозривних зв'язків логічного, державно-вольового (тетичного) та системного характеру хоча б з однією з двох інших складових структури юридичної норми. Тому ми переходимо до порівняння ступеня формальної визначеності гіпотези в нормі закону та у прецедентній нормі.

Виникнення прецедентної норми в результаті судового вирішення юридичної справи зумовлює те, що вона має дуже детальну, розгорнуту гіпотезу. Як правило, у судових звітах надзвичайно детально викладаються обставини розглянутих справ, тобто суддями подається майже повна версія подій, що сталися до того, як справа потрапила до суду, адже «наявність цієї інформації є невід'ємною потребою того особливого правового мислення, яке властиве прецедентному праву»²⁷. Окремо слід зазначити те, що на відміну від норми закону будь-яка норма прецедентного права (не тільки норма-правило поведінки) завжди має гіпотезу, що, без сумніву, позитивно впливає на досягнення мети правового впливу.

Таким чином, формальна визначеність прецедентної норми забезпечується надзвичайно конкретизованою гіпотезою та резолютивною частиною судового рішення, які допомагають у з'ясуванні змісту не повністю текстуально вираженої диспозиції та чітко визначають сферу застосування норми в цілому.

Дія прецедентної норми чітко обмежена суттєвими обставинами та фактами справи, оскільки її юридична сила поширюється тільки на аналогічні або схожі випадки. Прецедентне право за своєю суттю має казуальний характер, тому складно говорити про невизначеність кола випадків, на які поширюється сила певного прецеденту. Більшій деталізації гіпотези та казуальності всієї норми у

цілому, ніж ту, яку має прецедентна норма, не може існувати об'єктивно, адже ця норма породжується розв'язанням конкретної справи і являє собою казус.

Отже, прецедентна норма права та норма закону відрізняються за суб'єктом правотворчості, що їх встановлює; за способом виникнення; за способом формального закріплення свого змісту. Своєю чергою ці відмінності зумовлюють: а) особливості застосування прецедентної норми; б) особливості дії прецедентної норми у просторі і часі, що виражається у такому. По-перше, неможливо встановити точну дату набрання чинності прецедентною нормою, адже, як ми зазначали, процес її формування може являти собою низку прецедентів і зайняти невизначений проміжок часу. Тому її диспозиція, не маючи чіткого текстуального закріплення, з часом здатна легко наповнюватися новим змістом, відображаючи інші соціальні умови. По-друге, норми прецедентного права мають ретроспективний характер, тобто їм властива зворотна сила. Це означає, що прецедентна норма застосовується як до фактів, які мали місце до її виникнення, так і до тих, які виникнуть у майбутньому²⁸. За умов надання судом правотворчої функції ретроспективність цієї діяльності є samozрозумілою, оскільки відправлення судочинства не може сприйматися як явище, що не має відношення до минулого^{29, 10, 14}.

Грунтуючись на викладеному, зазначимо, що для прецедентної норми права є характерним: нечіткість текстуального виразу диспозиції, а також її здатність постійно удосконалюватися та деталізувати свій зміст; конкретизованість гіпотези; ретроспективна дія та імперативний характер обов'язковості.

Одними з основних ознак позитивного права є системність і формальна визначеність. Зважаючи на те, що розвиток прецедентної форми права залежить виключно від процесу вирішення судами спорів, можливість суддів забезпечувати системність створюваних ними норм є істотно обмеженою. Прецедентне право не формує норми для вирішення спорів заздалегідь, а чекає на їх судовий розгляд. Як вказує Л. Фуллер, забезпечення системності прецедентного права становить для англійських суддів проблему, яка ніколи не вирішується, але весь час перебуває у стадії розв'язання³⁰. Втім, буде перебільшенням вважати прецедентне право позбавленим системності – структурності. Адже, по-перше, намагання суддів у цьому напрямку не залишаються безрезультатними, а по-друге, зважаючи на величезну кількість норм, починають діяти об'єктивні чинники: приписи прецедентного права починають самоорганізовуватися у внутрішні групи та підгрупи.

Формальна визначеність притаманна нормам прецедентного права також у своєрідному вигляді: позбавленість диспозиції прецедентної норми чіткого текстуального виразу компенсується детально регламентованим змістом гіпотези, а також резолютивною частиною рішення, де міститься результат застосування норми до конкретних обставин спору. Саме ці фактори у поєднанні з механізмом доктрини прецеденту є причиною надзвичайно високого рівня нормативності прецедентного права, – основної якісної ознаки будь-якої форми позитивного права.

1. James, Ph. S. Introduction to English Law. L. : Butterworths, 1995. 592 p. P. 19, 20.
2. Хайєк Ф. А. Право, законодавство та свобода: нове викладення широких принципів справедливості та політичної економії : в 3-х т. Т. 1 : Правила та порядок. / пер. з англ.

Київ : Сфера, 1999. 196 с. С. 124. **3.** Богдановская И. Ю. Прецедентное право. Москва : Наука, 1993. 239 с. С. 20–33. С. 35–39. **4.** Скаун О. Ф. Теория государства и права : учебник. Харьков : Консум ; Ун-т внутр. дел, 2000. 704 с. С. 599–600. **5.** Kiralfy, A. K. R. The English Legal System. L. : SweetandMaxwell, 1990. 309 p. P. 75. **6.** Дэйси А. В. Основы государственного права Англии / под ред. П.Г. Виноградова. Москва : Типография Т-ва И.Д. Сытина, 1907. 671 с. С. 226. **7.** Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. Москва : Юридическая литература, 1985. 239 с. С. 88, 90, 112, 226. **8.** Salmond, J. W. The Theory of Judicial Precedents. The Law Quarterly Review. Vol. XVI. № 64. 1900. P. 376–391. **9.** Geldart, W. Elements of English Law. Ed. by D.C.M. Yardley. L. : Oxford University Press, 1966. 182 p. P. 7, 8, 12. **10.** Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. Москва : Юридическая литература, 1985. 239 с. С. 88, 90, 112, 226. **11.** Salmond, J. W. The Theory of Judicial Precedents. The Law Quarterly Review. Vol. XVI. № 64. 1900. P. 376–391. **12.** James, Ph. S. Introduction to English Law. L. : Butterworths, 1995. 592 p. P. 19, 20. **13.** Geldart, W. Elements of English Law. Ed. by D.C.M. Yardley. L. : Oxford University Press, 1966. 182 p. P. 7, 8, 12. **14.** Фуллер Лон Л. Анатомия права / пер. з англ. Київ : Сфера, 1999. 144 с. С. 112, 115, 125. **15.** Оноре Т. Про право. Короткий вступ. / пер. з англ. Київ : Сфера, 1997. 124 с. С. 17. **16.** Дворкин Р. Серйозний погляд на права. / пер. з англ. Київ : Основи, 2000. 519 с. С. 167, 169. **17.** Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. Москва : Юридическая литература, 1985. 239 с. С. 88, 90, 112, 226. **18.** Geldart, W. Elements of English Law. Ed. by D.C.M. Yardley. L. : Oxford University Press, 1966. 182 p. P. 7, 8, 12. **19.** Анарова Т. В. Основные исторические тенденции английского прецедентного права. Ученые записки ВЮЗИ. 1968. Вып. 17. Ч. 3. С. 126–173. С. 130. **20.** Jacob, J.I.H. The Fabric of English Civil Justice. L. : Stevens&Sons, 1987. 297 p. P. 57. **21.** Демченко Г. В. Судебный прецедент. Варшава, Типография Варшавского Учебного Округа. 1903. 244 с. С. 19. **22.** Леви Э. Введение в правовое мышление. / пер. с англ. Москва : Наука, 1995. 115 с. С. 65, 9. **23.** Скаун О. Ф. Теория государства и права : учебник. Харьков : Консум ; Ун-т внутр. дел, 2000. 704 с. С. 599–600. **24.** Geldart, W. Elements of English Law. Ed. by D.C.M. Yardley. L. : Oxford University Press, 1966. 182 p. P. 7, 8, 12. **25.** Необайло П.Е. Применение советских правовых норм. Москва : Госюриздат, 1960. 512 с. С. 66, 67. **26.** Леви Э. Введение в правовое мышление. / пер. с англ. Москва : Наука, 1995. 115 с. С. 65, 9. **27.** Фуллер Лон Л. Анатомия права / пер. з англ. Київ : Сфера, 1999. 144 с. С. 112, 115, 125. **28.** Скаун О. Ф. Теория государства и права : учебник. Харьков : Консум ; Ун-т внутр. дел, 2000. 704 с. С. 599–600. **29.** Барак А. Судейское усмотрение. / пер. с англ. Москва : Норма, 1999. 364 с. С. 306. **30.** Фуллер Лон Л. Анатомия права / пер. з англ. Київ : Сфера, 1999. 144 с. С. 112, 115, 125.

References

1. James, Ph. S. Introduction to English Law. L. : Butterworths. 1995. 592 p. P. 19, 20.
2. Khaiiek F. A. Pravo, zakonodavstvo ta svoboda: nove vykladennia shyrokykh pryntsyip spravedyvosti ta politychnoi ekonomii : v 3-kh t. T. 1 : Pravyla ta poriadok. / per. z anhli. Kyiv : Sfera. 1999. 196 s. С. 124. **3.** Bohdanovskaia Y. Yu. Pretsedentnoe pravo. Moskva : Nauka, 1993. 239 s. С. 20–33. С. 35–39. **4.** Skakun O. F. Teoryia hosudarstva y prava : uchebnyk. Kharkov : Konsum ; Un-t vnutr. del, 2000. 704 s. С. 599–600. **5.** Kiralfy, A. K. R. The English Legal System. L. : SweetandMaxwell, 1990. 309 p. P. 75. **6.** Daisy A. V. Osnovy hosudarstvennoho prava Anhlyy / pod red. P.H. Vynohradova. Moskva : Typohrafiya T-va Y.D. Sutyna, 1907. 671 s. С. 226. **7.** Kross R. Pretsedent v anhlyiskom prave / per. s anhli. Moskva : Yurydycheskaia lyteratura, 1985. 239 s. С. 88, 90, 112, 226. **8.** Salmond, J. W. The Theory of Judicial Precedents. The Law Quarterly Review. Vol. XVI. № 64. 1900. P. 376–391. **9.** Geldart, W. Elements of English Law. Ed. by D.C.M. Yardley. L. : Oxford University Press, 1966. 182 p. P. 7, 8, 12. **10.** Kross R. Pretsedent v anhlyiskom prave / per. s anhli. Moskva : Yurydycheskaia lyteratura, 1985. 239 s. С. 88, 90, 112, 226. **11.** Salmond, J. W. The

Theory of Judicial Precedents. The Law Quarterly Review. Vol. XVI. № 64. 1900. P. 376–391. P. 386–387. **12.** *James, Ph. S.* Introduction to English Law. L. : Butterworths, 1995. 592 p. P. 19, 20. **13.** *Geldart, W.* Elements of English Law. Ed. by D.C.M.Yardley. L. : Oxford University Press, 1966. 182 p. P. 7, 8, 12. **14.** *Fuller Lon L.* Anatomiiia prava / per. z anhl. Kyiv : Sfera, 1999. 144 s. C. 112, 115, 125. **15.** *Onore T.* Pro pravo. Korotkyi vstup. / per. z anhl. Kyiv : Sfera, 1997. 124 s. C. 17. **16.** *Dvorkin R.* Serioznyi pohliad na prava. / per. z anhl. Kyiv : Osnovy, 2000. 519 s. C. 167, 169. **17.** *Kross R.* Pretsedent v anhllyiskom prave / per. s anhl. Moskva : Yurydycheskaia literatura, 1985. 239 s. C. 88, 90, 112, 226. **18.** *Geldart, W.* Elements of English Law. Ed. by D.C.M.Yardley. L. : Oxford University Press, 1966. 182 p. P. 7, 8, 12. **19.** *Aparova T. V.* Osnovnye ystorycheskye tendentsyy anhllyiskoho pretsedentnoho prava. Uchenye zapysky VluZY. 1968. Vyp. 17. Ch. 3. S. 126–173. C. 130. **20.** *Jacob, J.I.H.* The Fabric of English Civil Justice. L. : Stevens&Sons, 1987. 297 p. P. 57. **21.** *Demchenko H. V.* Sudebnyi pretsedent. Varshava, Typohrafiya Varshavskaho Uchebnaho Okruha. 1903. 244 s. C. 19. **22.** *Levy E.* Vvedenye v pravovoemyshlenye. / per. s anhl. Moskva : Nauka, 1995. 115 s. C. 65, 9. **23.** *Skakun O. F.* Teoryia hosudarstva y prava : uchebnyk. Kharkov : Konsum ; Un-t vnutr. del, 2000. 704 s. C. 599–600. **24.** *Geldart, W.* Elements of English Law. Ed. by D.C.M.Yardley. L. : Oxford University Press, 1966. 182 p. P. 7, 8, 12. **25.** *Nedbailo P.E.* Prymenenye sovetskikh pravovykh norm. Moskva : Hosiuryzdat, 1960. 512 s. C. 66, 67. **26.** *Levy E.* Vvedenye v pravovoemyshlenye. / per. s anhl. Moskva : Nauka, 1995. 115 s. C. 65, 9. **27.** *Fuller Lon L.* Anatomiiia prava / per. z anhl. Kyiv : Sfera, 1999. 144 s. C. 112, 115, 125. **28.** *Skakun O. F.* Teoryia hosudarstva y prava : uchebnyk. Kharkov : Konsum ; Un-t vnutr. del, 2000. 704 s. C. 599–600. **29.** *Barak A.* Sudeiskoe usmotrenye. / per. s anhl. Moskva : Norma, 1999. 364 s. C. 306. **30.** *Fuller Lon L.* Anatomiiia prava / per. z anhl. Kyiv : Sfera, 1999. 144 s. C. 112, 115, 125.

Malyshev Borys. Theoretical and legal aspects of the precedent-setting legal norm

The precedent-setting legal norm can be considered as the “original crystals” of the case law regulating social relations. Judicial precedent and precedent-setting legal norm are related both as a form and content by analogy, just as a legal rule is the substantial reflection of a certain legal act.

The functioning of the precedent-setting legal norm is clearly limited to the material circumstances and facts of the case, since its legal force extends only to similar cases. Case law is inherently casual in nature, thus it is extremely difficult to talk about the uncertainty of the number of cases covered by the scope of specific precedent. Precedent-setting legal norm is vested with detailed hypotheses and casualties of the whole norm, as it is a tangible decision resulted from a particular case, this representing an incident.

The precedent-setting legal norm and the statutory provision differ in the subject of law-making, who it establishes; in the way in which they occur; according to the method of content formalization. In turn, these differences determine: a) the peculiarities of the application of the precedent-setting legal norm; b) the distinctive features of the geographical and temporal scope of the precedent-setting legal norm, which can be expressed in the following. First, it is impossible to ascertain the exact date of precedent-setting legal norm commencement, since, as we have noted, the process of its formation may constitute a series of precedents and take an indefinite period of time. Therefore, its disposition, without having a clear textual consolidation, is able, over time, to be easily filled with a quite new content, thus reflecting other social conditions. Secondly, the norms of case law are retrospective in nature, that is, they are characterized by retroactive force.

For the precedent-setting legal norm following features are typical: the lack of clarity of the disposition textual expression, as well as its ability to constantly improve and detail its content; “nuanced” hypotheses; retrospective action and imperative nature.

Formal certainty is inherent in the case law norms in a peculiar form: the lack of textual

clarity in the disposition of the case law norm is compensated by detailed content of the hypothesis, as well as the operative part of the decision, which contains the result of applying the rule to specific circumstances of the dispute. It is these factors in combination with the mechanism of the precedent doctrine that causes an extremely high level of normativity of case law as the main qualitative feature of any form of positive law.

Key words: ratio decidendi, judicial precedent, legal system.

DOI: 10.33663/0869-2491-2019-30-43-52

УДК 340

Т.І. ТАРАХОНИЧ,
кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник

МЕТОД МОДЕЛЮВАННЯ ЯК ЗАСІБ ОПТИМІЗАЦІЇ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті охарактеризовано правове моделювання як один із методів наукового пізнання суспільних відносин, який надає можливість відтворити їх шляхом використання логічних прийомів (перетворень) на спеціально створених моделях. Підкреслюється, що метод моделювання надає можливість простежити ефективність створеної моделі, її дієвість, розкрити її позитивні сторони, виявити можливі недоліки.

Звернено увагу на особливості методу моделювання в правовому регулюванні. Підкреслюється, що моделювання тісно пов'язане з процесами правової модернізації. Визначаються сфери, які потребують правової модернізації. Виокремлено та охарактеризовано принципи та функції моделювання.

Ключові слова: регулювання, правове регулювання, правова модернізація, моделювання, принципи моделювання, функції моделювання.

Тарахонич Т. И. Метод моделирования как средство оптимизации правового регулирования

В статье дана характеристика правового моделирования как одного из методов научного познания общественных отношений, который дает возможность отобразить их путем использования логических приёмов (преобразования) на специально созданных моделях. Подчеркивается, что метод моделирования дает возможность проследить эффективность созданной модели, ее действенность, раскрыть позитивные стороны, выявить возможные недостатки.

Обращено внимание на особенности метода моделирования в правовом регулировании. Подчеркивается, что моделирование тесным образом связано с процессами правовой модернизации. Определяются те области, которые требуют правовой модернизации. Выделены и охарактеризованы принципы и функции моделирования.

Ключевые слова: регулирование, правовое регулирование, правовая модернизация, моделирование, принципы моделирования, функции моделирования.

Tarakhonych T. I. Modeling method as a means of optimization of legal regulation

Legal modeling is considered as one of the methods of scientific knowledge of social relations, which provides an opportunity to reproduce them by using logical methods (transformations) on specially created models.