

УДК 349.22

А. М. Комаренко

старший викладач

Одеський національний університет імені І. І. Мечникова,

кафедра цивільно-правових дисциплін

Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

СУДОВИЙ ПРЕЦЕДЕНТ ЯК ДЖЕРЕЛО ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАЇНИ

У статті досліджуються питання щодо поняття судового прецеденту, його переваг і застережень, значення судової практики при розгляді справ та можливості її використання як джерела права України взагалі і трудового права зокрема, використання судового прецеденту при застосуванні статті 43¹ КЗпП України.

Ключові слова: джерело права, судова правотворчість, акт правотворчості, судова практика, судовий прецедент.

Традиційно в українській правовій системі визначальне місце в ієрархії джерел права посідає закон, що регулює всі типові та найважливіші нетипові суспільні відносини.

Разом з тим, в українському праві спостерігається тенденція до уточнення ідеї панівної ролі закону шляхом підвищення ролі судової практики в поєднанні з поступовим послабленням примату закону і визнанням його переважно виразником загальних принципів.

Одна з причин тенденції до визнання судового прецеденту вторинним джерелом права зумовлена характерною для українського права нестабільністю і фрагментарністю законодавства, яке містить у непоодиноких випадках нечіткі та суперечливі норми, що в поєднанні з обмеженням повноважень Верховного Суду України не виправдано послаблює його вплив на забезпечення єдності судової практики, сприяє застосуванню судами різних підходів до тлумачення законодавства, призводить до невизначеності закону, його суперечливого і довільного застосування.

У науковій літературі є різні тлумачення судового прецеденту. На нашу думку, судовий прецедент можна визначити як правило поведінки, створене в процесі розгляду конкретної судової справи, закріплене судовим рішенням у цій справі, що є обов'язковим при вирішенні подібних справ у майбутньому для судів тієї самої або нижчої інстанції.

Питання про судову практику як джерело права було предметом наукових дискусій протягом століть, починаючи з давньоримського часу, у тому числі і в дореволюційній Росії. Так, М. М. Коркунов виступав за визнання судової практики як «окремої форми звичайного права» і визнавав її джерелом права. Навпаки, Л. І. Петражицький судову практику зводив до загального, тривалого, однакового застосування відомої норми права судами даної правової галузі і відкидав можливість існування судової практики як самостійного джерела права. Є. В. Васьковський вважав за необхідне

надання судам права «на свій розсуд» створювати відсутні правові норми з метою вирішення «не передбачених у законі випадків справедливості» [1, с. 622–623].

Радянська правова наука офіційно заперечувала судовий прецедент як джерело права. Нині доцільність запровадження судового прецеденту очевидна. Основною перевагою прецеденту, порівняно з іншими джерелами права, є його динамічність. Суд, вирішуючи конкретну справу, має змогу застосувати, так би мовити, абстрактну норму до життєвої ситуації. При цьому він може здійснити професійне тлумачення положень цієї норми, вирішити колізію норм, які регулюють спірні правовідносини, чи заповнити прогалину в законодавстві, використовуючи аналогію закону або права.

У науковій літературі є твердження, що надання такої можливості судовій гілці влади порушить принцип поділу влади [2, с. 11–12]. На нашу думку, це твердження є хибним, оскільки *суди необхідно наділити не законодавчою функцією, а функцією тлумачення змісту нормативно-правових актів та пристосування абстрактної норми під реальні правовідносини*. Судова правотворчість присутня в прецедентах тлумачення, а саме — в судових рішеннях, у яких тлумачаться положення закону, сформульованого досить загально, нечітко, чи містять прогалини, що змушує суди вдаватися до конкретизації законодавчих положень при їх застосуванні. Тобто, як вважає Р. Майданик, судовий прецедент за своєю природою є результатом здійснення правосуддя і судової правотворчості, а за функціональним призначенням — актом правосуддя і різновидом джерел права [3, с. 45].

Першим кроком до запровадження судового прецеденту в Україні була ратифікація Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [4] і схвалення Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [5] на виконання положень Конвенції. У статті 17 цього документа прямо закріплено положення, що суди застосовують практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Наступним кроком стала проведена у 2010 р. судова реформа, в результаті чого судовий прецедент фактично був визнаний джерелом права України. 7 липня 2010-го був ухвалений Закон України «Про судоустрій і статус суддів» [6], який запровадив чимало новел, зокрема нову судову інстанцію — Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Були внесені зміни до Цивільного процесуального кодексу України та інших процесуальних кодексів щодо підстав перегляду судових рішень Верховним Судом України. Ці положення значно змінили повноваження останнього щодо перегляду судових рішень, але водночас зафіксували визнання судового прецеденту як джерела права України.

Багато хто з учених вважає, що судова практика вже є джерелом права України. Приміром, Л. А. Луць наголошує, що судовими прецедентами могли б стати *рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду України*, які винесені щодо конкретної справи (а не є підсумком узагальнення судової практики), під час розгляду якої було виявлено прогали-

ну в чинному законодавстві і виникла потреба у створенні нової норми [7, с. 104]. Інші вважають не обов'язковим створення судового прецеденту саме судами вищої інстанції. Прихильники такого підходу вважають, що рішення може бути визнане прецедентом, якщо воно було прийняте судом будь-якої інстанції, усунуло прогалину, пройшло перевірку в апеляційному і касаційному порядку, опубліковане в офіційному друкованому органі Верховного Суду України [8]. Такої ж думки дотримується І. В. Борщевський, який вважає, що до системи джерел права України слід включити судову практику, яка стає джерелом права у випадку, коли у нормативно-правових актах містяться прогалини, їх текстуальне викладення є неоднозначним, суперечливим та породжує проблеми під час правозастосування [9, с. 31].

Зрозуміло, що для визнання судового прецеденту джерелом українського права необхідно докорінно змінити судову систему. Противники судового прецеденту вважають, що він не може бути запроваджений в українське право, оскільки він не характерний для романо-германської правової сім'ї. До того ж, запровадження обов'язку для нижчих судів керуватися при вирішенні подібних чи аналогічних справ рішеннями касаційних інстанцій нині може призвести до ще більшого свавілля та беззаконня у судовій системі, адже, на жаль, чимало суддів, всупереч конституційним принципам, є залежними від політичних партій та посадовців. Тож неправильно вирішена справа може спричинити подальше порушення норм матеріального та процесуального права при вирішенні інших подібних чи аналогічних справ [10, с. 60].

Разом з тим, визнання судового прецеденту джерелом права на законодавчому рівні є важливим кроком для досягнення мети, закріпленої в ст. 1 Основного закону: перетворення України на правову державу [11]. Необхідно й надалі продовжувати рухатись в цьому напрямі, спираючись на позицію вчених та застосовуючи метод порівняння під час ухвалення відповідних рішень. Необхідно запроваджувати такі суттєві зміни дуже обережно, тому що необдуманий, зроблений поспіхом крок може завдати серйозної шкоди як суспільству в цілому, так і окремим громадянам.

Так, позитивний досвід використання судового прецеденту як джерела трудового права можна проілюструвати на прикладі проблеми із застосуванням ст. 43¹ КЗпП України.

Конституція України (ч. 6 ст. 43) та Кодекс законів про працю України (далі — КЗпП, ст. 5¹) [12] гарантують громадянам правовий захист від незаконного звільнення.

Однією з юридичних гарантій захисту трудових прав є участь профспілок у вирішенні значного кола питань праці і побуту працівників. Особливо варте уваги те, що жодний працівник не може бути звільнений з роботи за ініціативою роботодавця без попередньої згоди на це виборного органу первинної профспілкової організації.

Стаття 18 Основ законодавства Союзу РСР і союзних республік від 15.07.1970 р. і стаття 43 КЗпП УРСР від 10.12.1971 р. [13] забороняли розірвання трудового договору з ініціативи адміністрації без попереднього дозволу фабричного, заводського, місцевого комітету професійної спілки.

Розірвання трудового договору з порушенням цих вимог вважалось незаконним, а звільнений працівник підлягав поновленню на попередній роботі.

За минулий час до статті 43 КЗпП «Розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу за попередньою згодою виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника)» дев'ять разів вносилися суттєві зміни і доповнення. Чинна редакція частини 1 статті 43 КЗпП України визначає, що розірвання трудового договору з підстав, передбачених пунктами **1 (крім випадку ліквідації підприємства, установи, організації), 2–5, 7 статті 40** і пунктами **2 і 3 статті 41** цього Кодексу, може бути проведено лише за попередньою згодою виборного органу (профспілкового представника) первинної профспілкової організації, **членом якої є працівник**. Виходячи з цього змісту, при розірванні трудового договору з підстав, передбачених пунктами **1 (у разі ліквідації підприємства, установи, організації), 6 і 8 статті 40** і пунктом **1 і 1¹ статті 41 КЗпП** або якщо працівник **не є членом профспілки**, згода виборного органу (профспілкового представника) первинної профспілкової організації **не потрібна**. Кому це незрозуміло?

Разом з тим, Законом України «Про внесення змін і доповнень, що стосуються розгляду індивідуальних трудових спорів, до Кодексу законів про працю Української РСР та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів» від 18.02.1992 р. [14] КЗпП був доповнений статтею 43¹ «Розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу без попередньої згоди профспілкового органу».

В цій статті, крім вищезазначених пунктів (**1 (у разі ліквідації підприємства, установи, організації), 6 і 8 статті 40** і пунктом **1 і 1¹ статті 41 КЗпП**), були передбачені інші випадки і підстави припинення трудового договору без попередньої згоди профспілкового органу, а саме:

незадовільний результат випробування, обумовленого при прийнятті на роботу (ст. 28 КЗпП);

звільнення з суміщуваної роботи у зв'язку з прийняттям на роботу іншого працівника, який не є сумісником, а також у зв'язку з обмеженнями на роботу за сумісництвом, передбаченими законодавством;

звільнення працівника, який не є членом професійної спілки, що діє на підприємстві, в установі, організації;

звільнення з підприємства, установи, організації, де немає профспілкової організації».

Хотіли як краще, але вийшло як завжди...

У квітні 2006 р. П. звернувся до суду з позовом до ЗАТ про поновлення на роботі, виплату середньомісячного заробітку за час вимушеного прогулу, стягнення витрат на придбання ліків та відшкодування моральної шкоди.

Позивач посилався на те, що 22 грудня 2005 р. між ним та відповідачем був укладений трудовий договір, відповідно до якого його прийнято на посаду регіонального менеджера у відділ з маркетингу і продажу з випробувальним строком три місяці. З 20 березня 2006 р. позивач перебував на лікарняному, а 23 березня 2006 р. дізнався, що 21 березня

2006 р. його звільнено з роботи у зв'язку з невідповідністю його роботі, яку він мав виконувати протягом строку випробування, відповідно до ст. 28 КЗпП. Керуючись ст. 43¹ КЗпП позивач вважав, що відповідач порушив гарантії, передбачені ч. 3 ст. 40 КЗпП, яка не допускає звільнення працівника з ініціативи роботодавця в період його тимчасової непрацездатності, а тому завдав йому моральної шкоди, просив поновити його на попередній посаді, стягнути заробітну плату за час вимушеного прогулу, моральну шкоду.

Рішенням районного суду від 28 листопада 2006 р. визнано недійсним наказ ЗАТ від 21 березня 2006 р. про звільнення позивача з роботи, поновлено його на посаді, стягнуто 47 526 грн 18 коп середнього заробітку за час вимушеного прогулу та 5 тис. грн на відшкодування моральної шкоди.

Рішенням апеляційного суду від 8 лютого 2007 р. зазначене рішення суду першої інстанції в частині стягнення моральної шкоди змінено та стягнуто з відповідача на користь позивача 200 грн на відшкодування моральної шкоди. У решті рішення суду першої інстанції залишено без змін.

Однак колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України з такими висновками судів не погодилася і зазначила, що «правила про недопустимість звільнення працівника в період його тимчасової непрацездатності, а також у період перебування у відпустці (ч. 3 ст. 40 КЗпП) стосуються як передбачених статтями 40, 41 КЗпП, так і інших випадків, коли розірвання трудового договору відповідно до чинного законодавства провадиться з ініціативи власника або уповноваженого ним органу.

Відповідно до ч. 1 ст. 26 КЗпП при укладенні трудового договору може бути обумовлено угодою сторін випробування з метою перевірки відповідності працівника роботі, яка йому доручається. Тобто при випробуванні працівник вважається прийнятим на роботу, але з умовою, що укладений з ним трудовий договір буде розірвано, якщо він не витримає випробування. Тому розірвання відповідно до ст. 28 КЗпП трудового договору з працівником під час строку випробування не можна визнати таким, що провадиться з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, оскільки працівник при прийнятті на роботу, даючи згоду на випробування, фактично дає згоду і на можливість розірвання з ним трудового договору, якщо протягом строку випробування встановлено невідповідність його роботі, на яку його прийнято.

Таким чином, судами першої та апеляційної інстанцій неправильно застосовано норми матеріального права, що відповідно до ст. 341 ЦПК є підставою для скасування судових рішень та ухвалення нового — про відмову в позові» [15, с. 102–104]. Цю ухвалу безперечно можна використовувати як судовий прецедент.

Дійсно, не завжди з трудової книжки чи документу про освіту можна визначити ділові якості людини, у зв'язку з чим, з метою перевірки відповідності працівника тій роботі, яка йому доручається, законодавство (ст. 26 КЗпП) передбачає можливість встановлення за згодою сторін випробувального строку. Разом з тим, встановлення цього строку має певні

обмеження. Так, для робітників він не може перевищувати одного місяця; для інших працівників — трьох місяців, а в окремих випадках, за погодженням з відповідним виборним органом первинної профспілкової організації — шести місяців (ст. 27 КЗпП). Згідно з ч. 3 ст. 26 КЗпП випробування не встановлюється при прийнятті на роботу: осіб, які не досягли вісімнадцяти років; молодих робітників після закінчення професійних навчально-виховних закладів; молодих спеціалістів після закінчення вищих навчальних закладів; осіб, звільнених у запас з військової чи альтернативної (невійськової) служби; інвалідів, направлених на роботу відповідно до рекомендації медико-соціальної експертизи. Випробування не встановлюється також при прийнятті на роботу в іншу місцевість і при переведенні на роботу на інше підприємство, в установу, організацію, а також в інших випадках, якщо це передбачено законодавством.

Так, наприклад, особливості умов праці жінок визначені у главі XII «Праця жінок» КЗпП, норми якої **забороняють**:

– **застосовувати** працю жінок на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підземних роботах (ст. 174 КЗпП);

– **залучати** до робіт у нічний час, до надурочних робіт і робіт у вихідні дні і направлення у відрядження вагітних жінок і жінок, що мають дітей віком до трьох років (ст. 176 КЗпП);

– **відмовляти** жінкам у прийнятті на роботу і знижувати їм заробітну плату з мотивів, пов'язаних з вагітністю або наявністю дітей віком до трьох років, а одиноким матерям — за наявністю дитини віком до чотирнадцяти років або дитини-інваліда (ч. 1 ст. 184 КЗпП);

– **звільняти** вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (до шести років), одиноких матерів при наявності дитини віком до чотирнадцяти років або дитини-інваліда з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, крім випадків повної ліквідації підприємства, установи, організації, коли допускається звільнення з обов'язковим працевлаштуванням (ч. 3 ст. 184 КЗпП) тощо. Як бачимо — законодавство не забороняє встановлення жінкам, зокрема й вагітним, випробування при прийнятті на роботу.

Разом з тим, вже з'являються консультації, що, оскільки передбачене ст. 28 КЗпП звільнення за результатами випробування значиться в ст. 43¹ КЗпП як *розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця*, недоцільно встановлення випробувального строку під час прийняття на роботу особам, яких згідно з ч. 3 ст. 184 та ст. 186¹ КЗпП України заборонено звільняти з ініціативи роботодавця [16, с. 49]!

Пункт 8 Положення про умови роботи за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій, затвердженого наказом Мінпраці України, Мін'юсту України, Мінфіну України від 28.06.1993 р. № 43 (далі — Положення), встановлює, що звільнення з роботи за сумісництвом провадиться з підстав, передбачених законодавством, а також у разі *прийняття працівника, який не є сумісником, чи обмеження сумісництва у зв'язку з особливими умовами та режимом праці* [17, п. 8].

Назва статті **43¹ КЗпП** встановила можливі проблеми щодо звільнення **сумісників — осіб**, яких, згідно з ч. 3 ст. 184 та ст. 186¹ КЗпП України, заборонено звільняти з ініціативи роботодавця у зв'язку з прийняттям на роботу іншого працівника, який не є сумісником, а також у зв'язку з обмеженнями на роботу за сумісництвом, передбаченими законодавством. Особливо це стосується вагітних жінок.

Як зазначалось вище, стаття 176 КЗпП України забороняє залучення вагітних жінок до надурочних робіт, з метою охорони їх здоров'я. Згідно п. 1 Положення, **сумісництвом** вважається виконання працівником, окрім своєї основної, іншої регулярної оплачуваної роботи на умовах трудового договору у вільний від основної роботи час на тому ж або іншому підприємстві, в установі, організації, у зв'язку з чим і постанова Кабінету Міністрів України «Про роботу за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій» від 03.04.1993 р. № 245 [18, п. 1], і Положення (п. 2), встановлюють обмеження на сумісництво вагітним жінкам. Разом з тим, якщо згідно із ст. 43¹ КЗпП звільнення з суміщуваної роботи у зв'язку з прийняттям на роботу іншого працівника, який не є сумісником, а також у зв'язку з обмеженнями на роботу за сумісництвом, передбаченими законодавством, є розірванням трудового договору з ініціативи роботодавця, чи можна буде звільнити жінку-сумісника, яка завагітніла? А якщо робота за сумісництвом завдасть шкоди вагітності, хто буде нести відповідальність?

Щоб не виникали поставлені питання і подібні конфліктні ситуації стаття 43¹ КЗпП України повинна бути скасована.

Список літератури

1. Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права [Текст] / А. М. Лушников, М. В. Лушникова: Учебник: В 2 т. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. — М.: Статут, 2009. — 879 с.
2. Гураленко Н. Судовий прецедент: свавілля чи потреба часу? (Філософсько-правовий дискус) / Н. Гураленко // Юридичний журнал. — 2009. — № 6. — С. 10–16.
3. Майданик Р. Загальна характеристика судового прецеденту в праві України / Р. Майданик // Юридичний журнал. — 2012. — № 12. — С. 41–50.
4. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції [Текст]: закон України від 17.07.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 40. — Ст. 263.
5. Про судоустрій і статус суддів [Текст]: закон України від 07.07.2010 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2010. — № № 41–42, 43, 44–45. — Ст. 529.
6. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини [Текст]: закон України від 26.02.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 30. — Ст. 260.
7. Луць Л. А. Сучасні правові системи світу [Текст] / Л. А. Луць: Навчальний посібник. — Львів: Львівський юридичний факультет ЛНУ ім. І. Франка, 2003. — 256 с.
8. Дришлюк А. І. Щодо співвідношення поняття судового прецеденту та судової практики [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article@id=154
9. Борщевський І. В. Судова практика як джерело права України / І. В. Борщевський // Вісник Одеського національного університету. Серія: Правознавство. — 2012. — Том 17, вип. 7. — С. 26–33.

10. Федорів О. Судовий прецедент у праві України: доцільність запровадження та варіативність наслідків О. Федорів // Юридичний журнал. — 2012. — № 6. — С. 57–60.
11. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. [Текст] // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141.
12. Кодекс законів про працю України [Текст]: Офіційне видання. — К.: Ін Юре, 2007. — 160 с.
13. Кодекс законів про працю Української РСР [Текст]: Затв. Законом УРСР від 10.12.1971 р. — Законодавчі акти про працю. — К.: Політична література, 1974. — 648 с.
14. Про внесення змін і доповнень, що стосуються розгляду індивідуальних трудових спорів, до Кодексу законів про працю Української РСР та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів [Текст]: Закон України від 18.02.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 22. — Ст. 302.
15. Ухвала колегії суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 23 січня 2008 р., справа № 6-6627св07 [Текст] // Застосування законодавства про працю: судові рішення Верховного Суду України (2001–2010), роз'яснення судової практики (За загальною ред. А. Г. Яреми). — К.: Юрінком Інтер, 2012. — С. 102–104.
16. Пасічник М. Звільнення працівників у зв'язку з порушенням встановлених правил прийняття на роботу за результатами випробування / М. Пасічник // Довідник кадровика. — 2006. — № 8. — С. 47–50.
17. Положення про умови роботи за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій, затв. наказом Міністерства праці України, Міністерства юстиції України, Міністерства фінансів України від 28.06.1993 р. № 43 [Текст] // Бюлетень законодавства та юридичної практики України. — 1997. — № 11–12. — С. 293–294.
18. Про роботу за сумісництвом працівників державних підприємств, установ і організацій [Текст]: Постанова Кабінету Міністрів України від 03.04.1993 р. № 245 // Кодекс законів про працю України з постійними матеріалами / укладач В. С. Ковальський, Л. П. Ляшко. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 1200 с.

А. Н. Комаренко

Одесский национальный университет имени И. И. Мечникова,
кафедра гражданско-правовых дисциплин
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИК ТРУДОВОГО ПРАВА УКРАИНЫ

Резюме

В статье исследуются вопросы о понятии судебного прецедента, его преимуществах и недостатках, значение судебной практики при рассмотрении дел и возможности ее использования в качестве источника права Украины, в том числе трудового права, использовании судебного прецедента при применении статьи 43¹ КЗоТ Украины.

Ключевые слова: источник права, судебное правотворчество, акт правотворчества, судебная практика, судебный прецедент.

A. N. Komarenko

Odessa I. I. Mechnikov National University,
The Department of Civil Law Disciplines
Frantsuzskiy boulevard, 24/26, Odessa, 65058, Ukraine

JUDICIAL PRECEDENT AS A SOURCE OF THE UKRAINIAN LABOR LAW

Summary

This article investigates the issues of the concept of judicial precedent and its advantages and disadvantages; the significance of a judicial practice for the consideration of cases in courts and the possibility to use it as a source of the Ukrainian law, in general, and Labor law, in particular; the use of the judicial precedent during the application of Article 43–1 of the Labour Code of Ukraine.

Key words: source of law, judicial law-making, the act of law-making, litigation, judicial precedent.