



ДІЯ У ЧАСІ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ: ДОСВІД США

Пушняк Олексій Віталійович,

канд. юрид. наук, доц.,
доцент кафедри теорії та філософії права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail : pushnyak.o@gmail.com
ORCID 0000-0003-3088-1040

Проаналізовано можливі напрямки дії в часі прецедентного права у США (ретроактивної, чистої проспективної та вибіркової проспективної дії), а також історію практичного застосування зазначених напрямків на федеральному рівні та рівні штатів. На підставі аналізу зміни підходів до визначення напрямку дії в часі судового прецеденту зроблено висновок, що проблема можливості проспективності лишається складною дилемою, далекою від остаточного розв'язання. Вона виявляє конфлікт між такими ключовими цінностями, як правова визначеність, рівність, справедливість, піднімає питання поділу державної влади. Крім того, це свідчить про актуальність питань праворозуміння, природи прецедентних правил та ролі судді у функціонуванні права. Попри відхід американської юриспруденції від деклараторної теорії судового прецеденту, остання продовжує існувати у вигляді традиційної ретроактивності, яка лишається основним чи єдиним варіантом темпоральної дії прецедентів у США.

Ключові слова: дія в часі судового прецеденту; ретроактивність; проспективність; судова нормотворчість; судовий прецедент.

Вступ. Визнання в українській доктрині та практиці існування джерел права, пов'язаних із діяльністю судів, ставить низку теоретико-практичних питань, серед яких – напрямок дії в часі правових позицій судів. Вітчизняна доктрина щодо цього питання наразі перебуває в процесі становлення.

Аналіз останніх досліджень і постановка завдання дослідження. У правових системах англо-американської сім'ї напрацьовано значний досвід осмислення та використання різних напрямків дії в часі прецедентного права, який попри свою специфіку є надзвичайно корисним для розробки вітчизняних судової практики та законодавства. У вітчизняній науці дана тематика знайшла своє висвітлення, проте у достатньо загальному вигляді [1; 2]. Більше того,

дослідження цих питань має значення і для глибшого розуміння особливостей англо-американської правової традиції зокрема та природи судової нормотворчості, функцій судової влади загалом. У зв'язку з цим видається актуальним поглиблене вивчення зазначеного досвіду на прикладі такої країни, як США, підхід якої є впливовим і показовим.

Мета і завдання дослідження. З огляду на зазначене вище метою статті є аналіз дії в часі прецедентного права США, а відповідними завданнями виступають вивчення напрямків дії в часі судових прецедентів у цій державі, поглядів, що лежать в основі наявних там підходів до врегулювання темпоральної чинності загального права, історії розвитку доктрини та практики з цього питання.

Виклад основного матеріалу. Правовій системі США відомі такі варіанти напрямків дії в часі прецедентного права:

- 1) насамперед це зворотна (ретроактивна) дія [3, с. 535];
- 2) чиста проспективна (перспективна) дія – поширення нового прецеденту лише на факти, що матимуть місце після його появи, і непоширення його на справу, рішення в якій призвело до скасування попереднього прецеденту [3, с. 536];
- 3) вибіркова проспективна (вибіркова ретроактивна) дія, за якої новий прецедент більшою чи меншою мірою обмежений у дії на факти, що передували його появи. Досить поширеним варіантом тут є дія нового прецеденту як на факти, що матимуть місце після його прийняття, так і на факти саме тієї справи, в якій створено цей прецедент, або, дещо ширше, на додаток до цього, – і на факти справ, що перебувають у судовому розгляді. Можливі деякі інші подібні варіанти (див., наприклад, рішення Верховного Суду (далі – ВС) США «Desist v. United States» (1969), ВС Флориди «Hoffman v. Jones» (1973), ВС Каліфорнії «Li v. Yellow Cab» (1975), ВС Коннектикута «Kelly v. Stop & Shop, Inc.» (2007) [3, с. 537; 4, с. 256–257; 5, п.10];
- 4) «проспективна-проспективна» дія – дія прецеденту з певної дати в

майбутньому [6, с. 43].

Традиційно вважають, що новостворений прецедент має зворотну дію. Історично зворотність дії прецедентів ґрунтується на специфіці сприйняття в англійській доктрині ролі суду. Як вважали з давніх-давен, суд тут декларує й застосовує звичаї та узвичаєння. Згодом такі погляди знайшли продовження в «деклараторній теорії», згідно з якою, створюючи прецеденти, суд лише проголошує вже чинне право. За такого підходу питання про ретроактивність не існує взагалі, бо застосовуване право не з'являється, а вже існує на момент появи відповідних фактів. І хоча зараз погляди на роль суду в правотворчості здебільшого змінилися, ретроактивність прецедентів лишилася як звичний напрям їхньої дії в часі. Дехто вважає, що якраз у ретроактивності прецедентів деклараторна теорія продовжує своє теперішнє існування [3, с. 535; 7, с. 222]. При цьому складність відмови суддями від ретроактивності пов'язана зі збереженням традиційних поглядів на роль суддівської діяльності [8, с. 2–5].

Хоча суд, за поширеним тепер переконанням, і творить право, але він робить це невідривно від здійснення правосуддя щодо минулих подій, що й закономірно зумовлює ретроактивність створюваного таким чином права [8, с. 3]. Надто незвичайним виглядало б незастосування судом у розглянутій справі створеного ним правового обґрунтування свого рішення.

Хоча новостворений прецедент діє на факти минулого, його ретроактивність має свої межі – прецедент застосовний лише до справ, відкритих для прямого перегляду. Відтак, прецедент «не діє на справи настільки остаточні, що права сторін слід розглядати як остаточно визначені... Цей момент настає тоді, коли правовідносини перебувають поза можливістю оскарження, або через сплив строку позовної давності, або через фіксацію прав сторін судовим рішенням і перетворення їх на *res judicata*» [3, с. 541; 6, с. 51; 9, с. 296]. Наслідки, що випливають з *res judicata*, не змінює той факт, що рішення могло бути помилковим або заснованим на правовому принципі, згодом відхиленому в іншій

справі [6, с. 51].

Утім у цивільних провадженнях потенційно можливі дуже рідкісні винятки з правила про остаточність рішення, пов'язані з непрямим оскарженням рішень.

У кримінальних провадженнях, де підсудний залишається під вартою, остаточність вироку не є настільки беззастережною: тут зберігається можливість непрямого оскарження через *habeas corpus* та подібні до нього судові накази. Зокрема, навіть остаточний обвинувальний вирок вважається недійсним і може бути предметом непрямого оскарження у разі визнання неконституційним кримінального статуту [6, с. 51–53].

Непряме оскарження обвинувальних вироків, засноване на проголошених згодом процедурних правилах, допустиме у федеральних судах лише в межах вузьких винятків, визначених у «Teague v. Lane» (1989 р.) та «Antiterrorism and Effective Death Penalty Act» (1996 р.) (AEDPA) [6, с. 59–63; 10].

Зокрема, правила «Teague v. Lane» (разом з наступними прецедентами) передбачають, що нове прецедентне правило (новим, зокрема, є правило, що не впливає з найвужчого розумного прочитання вже наявного застосовного прецеденту) може бути застосоване до остаточно вирішеної до його появи справи лише за умови, що воно (1) виводить певний вид поведінки з-під кримінально-правового регулювання (через визнання статуту неконституційним чи через тлумачення) або (2) робить обов'язковими нові процедури, без яких ймовірність правильності обвинувачення істотно зменшилася. Застосування останнього винятку є вкрай обмеженим через те, що правило має «змінювати наше розуміння основних процедурних елементів, істотних для справедливості судочинства» [6, с. 60; 10].

В усіх інших випадках, за «Teague v. Lane», правило, проголошене після того, як рішення щодо заявника набуло остаточного характеру, не може бути застосоване при перегляді в такому порядку.

У свою чергу суди штатів, непрямі переглядаючи рішення, не зв'язані

«Teague v. Lane» чи «AEDPA» і застосовують різні підходи [6, с. 62–63].

Як відомо, ретроактивна дія права несе в собі певні загрози, і застереження щодо них добре зрозумілі і в США. Відтак ідея відходу від правила про ретроактивність прецеденту відома місцевим правовим системам. Ця ідея втілена у проспективному скасуванні (відхиленні) прецедентів.

Перші приклади неретроактивного застосування прецедентів спостерігаємо ще у XIX ст., зокрема, у низці справ федеральних судів, пов'язаних з внутрішнім конфліктом юрисдикцій. Так, у справі «Rowan v. Runnels» (1847) ВС США постановив не застосовувати ретроактивно інтерпретацію статутного права штату, здійснену судом штату. Є приклади неретроактивності й у праві штатів, зокрема у справі ВС Алабами «Jones v. Woodstock Iron Co.» (1892), та у низці рішень ВС Північної Кароліни поч. XX ст. [8, с. 8]. Загалом у XIX ст. суди досить спорадично застосовували прецеденти проспективно, тоді як у широкий вжиток проспективність увійшла лише на початку XX ст. [11, с. 413]. Утім суди при цьому не наводили якогось обґрунтування на користь загального упровадження такого нового інструменту як проспективне відхилення прецедентів.

Першим сформулював чітку пропозицію щодо запровадження дії прецедентів на майбутнє у справах, де сторони в своїй поведінці поклалися на старе право, правознавець з Південної Кароліни Джордж Ф. Канфілд (Canfield) [8, с. 7–9].

У свою чергу Роберт Х. Фріман (Freeman), підсумовуючи в 1918 р. судову практику, виділив кілька категорій справ, у яких суди через негативні наслідки, спричинювані ретроактивністю відхилення прецеденту, часто уникають зворотної дії нового рішення. Йдеться, зокрема, про справи, в яких має місце криміналізація діяння, справи, пов'язані з правом власності, набутим згідно з попереднім судовим тлумаченням статуту, справи стосовно будь-яких прав, набутих на підставі прецеденту. На його думку, оптимальним варіантом виходу з ситуації в цих справах була б дія прецеденту на майбутнє [8, с. 9; 12, с. 250–251].

На користь цієї ідеї висловився і Джон Г. Вігмор (Wigmore), зауваживши, що суди мають експериментувати з використанням проспективності та ретроактивності, подібно до законодавця [8, с. 9–10]. На проблему ретроактивності прецедентів звернув увагу і Бенджамін Н. Кардозо (Cardozo), який згодом став провідним популяризатором та втілювачем у практику ідеї проспективності [13, с. 294–296] (його критика традиційної обов'язкової ретроактивності пов'язана з його загальною критичною позицією щодо формальної юриспруденції: «Судді доходять весь час безжальних висновків під впливом категоричної логіки, яка, як видається, не залишає їм жодних альтернатив. Вони виконують лише сакральний ритуал. Вони здійснюють це, без сумніву, із зачарованим поглядом, як би вони робили це під впливом приставленого до них ножа, з переконанням, що саме це є вимоги їх професії. Жертві запропоновано поклонятися ідолам юриспруденції на вівтарі системи» [цит. за: 2, с. 164–165]. На думку Б. Кардозо, логіка є лише одним з факторів діяльності судді, а практика має бути гнучкою [2, с. 164]).

Важливим моментом в історії проспективності у США стало рішення у справі «Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.» (1932), в якому ВС США з Б. Кардозо у складі постановив, що федеральна Конституція нічого не говорить про дію прецедентного права в часі, відтак суди штатів можуть обирати між ретроактивністю та проспективністю [11, с. 414; 14, с. 364]. Як зазначив суддя Б. Кардозо у цій справі, використання проспективності набуло широкого поширення в Америці.

Наступним важливим кроком стало рішення ВС США «Linkletter v. Walker» (1965). У цій справі суд постановив, що прецедент справи «Mapp v. Ohio» не підлягає ретроактивному застосуванню до справ, остаточно вирішених до його появи (зазначений прецедент визначив, що *Due Process Clause* чотирнадцятої поправки вимагає від штатів виключення доказів, отриманих з порушенням Четвертої поправки). Також суд дійшов висновку, що зміна права повинна мати

зворотну силу щодо справ на прямому перегляді, однак щодо непрямо оскаржуваних рішень ретроактивність залежить від індивідуального розсуду. Відзначивши відсутність різниці між цивільними та кримінальними справами щодо аналізу умов ретроактивності, суд зауважив, що «прийняте на сьогодні правило полягає в тому, що у відповідних випадках Суд може, в інтересах справедливості, установити правило проспективно». Суд при цьому виклав у загальних рисах трифакторний тест для визначення того, чи слід надавати новому правилу зворотну дію при непрямому перегляді рішень: 1) мета нового правила; 2) покладання суб'єктів на старе правило; 3) вплив на здійснення правосуддя ретроактивного застосування нового правила. Зваживши на це, суд постановив, що правило *Marr v. Ohio* не має зворотної дії при непрямому перегляді рішень [15, с. 618, 636].

Незабаром, у «*Stovall v. Denno*» (1967) та «*Johnson v. New Jersey*» (1966) ВС США постановив, що цей тест (його другий пункт був уточнений: «міра, до якої правозастосовчі органи покладаються на старі стандарти») може бути використаний і для вирішення питання ретроактивності нових правил при прямому перегляді [11, с. 415–416; 16; 17].

У 1971 р. у справі «*Chevron Oil Co. v. Huson*» ВС США підняв питання проспективної дії нових норм цивільного права, вказавши на три фактори, що визначають, чи слід застосовувати нове правило проспективно. По-перше, щоб бути застосованим неретроактивно, рішення має встановлювати нове правило (яке замінює попередній чітко встановлений прецедент чи вперше вирішує питання у спосіб, який не був явно передбачуваним). По-друге, слід зважувати переваги та недоліки в кожному конкретному випадку, звертаючи увагу на попередню історію відповідного правила, його мету і наслідки, і на те, чи буде ретроактивність сприяти чи гальмувати його дію. По-третє, потрібно зважати на наявність істотної несправедливості, пов'язаної з ретроактивним застосуванням прецеденту [18, с. 106–107].

Після періоду використання проспективності у Верховного Суду з'явилися сумніви щодо її доцільності. Зокрема, суддя Джон М. Гарлан (Harlan) у серії окремих думок у кримінальних справах висловив низку критичних зауважень щодо неретроактивного застосування прецедентів. Його міркування нарешті були сприйняті ВС у 1982 р. у *United States v. Johnson*, де була визнана ретроактивність тлумачення ВС 4-ї поправки (при цьому лишився вузький виняток з обов'язкового ретроактивного застосування) [6, с. 58]. Утім суд обмежив це своє правило 4-ю поправкою і заявив, що воно не застосовується до цивільних правил, які продовжують підпадати під дію гнучкого правила *Chevron Oil* [11, с. 417–419].

У справі 1987 р. «*Griffith v. Kentucky*» ВС США постановив, що нові правила кримінального переслідування слід застосовувати зворотно до всіх справ, які очікують на прямий перегляд або ще не є остаточними, а також скасував вищезазначений виняток. Вибіркова проспективність нових правил у цій сфері була відкинута. Були висловлені певні аргументи і проти проспективності загалом [19, с. 314–315, 326–328].

У справі 1991 р. «*James M. Beam Distilling Co. v. Georgia*» ВС поставив під сумнів і проспективну дію у цивільних справах [3]. Нарешті у справі 1993 р. «*Harper v. Virginia Department of Taxation*» він вказав, що норма федерального права, проголошена та застосована Судом, має застосовуватися ретроактивно усіма судами у всіх справах на прямому перегляді (за винятком випадків, коли є пряме застереження). Відтак, Суд прямо поширив заборону вибіркової проспективності, встановлену у справі «*Griffith*» на цивільно-правову сферу і заявив, не встановлюючи відповідне правило, що чиста проспективна дія також недопустима [6, с. 48; 20, с. 86–87, 94–99].

Щоправда відсутність прямої вказівки про заборону чистої проспективності може дати підстави продовжувати її застосовувати, як це мало місце у справі «*Nunez-Reyes v. Holder*» (2011) Апеляційного суду 9 округу, який постановив, що за відсутності явного прямого скасування він все ще зв'язаний необхідністю

застосувати правила чисто проспективно, коли три фактори Chevron Oil цього вимагають [6, с. 48].

Таким чином, на федеральному рівні підхід до регулювання дії в часі прецедентного права повернувся до своєї початкової точки, яка ґрунтується на переважному використанні ретроактивності судового рішення. У той же час верховні суди штатів переважно продовжують використовувати проспективність і після рішення у справі «Harper», через те, що воно стосується лише дії в часі норм федерального права. Загалом суди штатів зустріли це рішення сильною незгодою – ВС Монтани назвав це «повстанням у провінціях» [11, с. 426, 429, 430].

Для розуміння описаних змін варто розглянути їхнє ідейне підґрунтя.

Насамперед слід звернути увагу на зміну уявлень про функції судової влади, яка свого часу спричинила дискусії про широке застосування проспективності. Під впливом правового реалізму відходить у минуле деклараторна теорія, за якою суддя лише проголошує наявне право. Натомість за суддею визнано роль правотворця, а відтак стає можливим і виправданим використання відповідного інструментарію останнього, зокрема можливості обирати з огляду на прагматичні міркування різні способи введення в дію у часі нових правил. Звісно ж це поставило під питання і доречність збереження обов'язкової ретроактивності прецеденту, яка має певні неминучі недоліки [11, с. 409–411].

Основна критика ретроактивності (прецедентів і права загалом) пов'язана зі шкодою, яку вона спричиняє стабільності та передбачуваності права. Дійсно, з ретроактивною дією змін у прецедентному праві особа, слідуючи старим правилам, опиняється в ситуації, коли вона не могла передбачити відповідні зміни та підлаштувати під них свою поведінку.

Таким чином, повага до розумних та правомірних очікувань, що склалися на підставі чинного прецедентного права, – ключовий аргумент, який обґрунтовує відмову від ретроактивного запровадження змін у прецедентному праві й зумовлює використання проспективності.

При цьому вважається, що інтереси, пов'язані з очікуваннями, значну вагу мають у приватному праві, особливо в питаннях власності та контрактів. Ще в часи до Нового курсу набуті приватні права нерідко вважалися недоторканими, в т.ч. і з боку судів. Так, у 1863 р. у справі «*Gelpcke v. City of Dubuque*» ВС США постановив, що набуті приватні права не можуть бути порушені ретроактивною дією прецедентів. У той же час публічно-правові права, як зумовлені державною владою, підлягали широкій ретроактивній перебудові [11, с. 427].

Разом з тим різні групи приватно-правових відносин, як вважають, по-різному породжують очікування. Значною мірою суб'єкти покладаються на чинне прецедентне право у сфері відносин власності (яка до того ж є сферою з відносно невеликим статутним регулюванням), договірних відносин. На противагу їм деліктне право зазвичай не породжує певних очікувань, тому що люди звичайно не планують бути учасником відповідних відносин. Отже, вирішення відповідних спорів не потребує так часто проспективності як засобу пом'якшення наслідків змін у праві. Утім деліктні справи також можуть потребувати гнучкості, яку дає проспективність (наприклад в аспекті наслідків для страхових відносин) [11, с. 428].

Зазначені особливості приватного права і зумовили в значній мірі згадану вище популярність проспективності у судах штатів: приватне право часто представлене саме загальним правом штатів, з яким тепер мають справу переважно лише ці органи [11, с. 429].

Вирішуючи питання про присутність розглядуваних очікувань, суди майже завжди беруть до уваги категорію справ, а не наявність або відсутність покладання на право з боку конкретних осіб. Фактична залежність конкретного суб'єкта від старого права береться до уваги лише, наприклад, при застосуванні судом правил, створених в рамках адміністративних процедур [6, с. 42].

Загалом, як зазначав Б. Кардозо, насправді випадки, де очікування мають значення, не настільки поширені. Втім у справах, де вони важливі, слід

відмовлятися від ретроактивної зміни права [8, с. 12]. При цьому, слід відзначити, застосування судами проспективності ніколи не обмежувалося приватно-правовою сферою. Так, у справах «Linkletter v. Walker», «Stovall v. Denno» ВС США вказував на необхідність враховувати при визначенні дії в часі прецедентного правила, у якій мірі органи правозастосування поклалися на старі правила [15, с. 636–637; 16, с. 293, 297].

Відомою проблемою тут є можливість поширення нового судового тлумачення кримінального закону на дії, правомірні при їх вчиненні. Хоча свого часу ВС США постановив, що конституційна заборона ретроактивності стосується лише законодавства, але не судових рішень, суди намагалися знайти способи застосувати ці нові тлумачення тільки перспективно [6, с. 53–54]. Зокрема, у справі «Boie v. City of Columbia» ВС США зазначив, що «непередбачуване судове розширення кримінального статуту, застосоване ретроактивно, діє точно так само як *ex post facto* закон, заборонений § 10 ст. 1 Конституції» [21, с. 353]. Відтак суд постановив, що ретроактивне застосування Верховним Судом штату свого нового тлумачення статуту позбавило заявників їхнього права на справедливе попередження про кримінальну заборону і таким чином порушило Клаузулу належної процедури 14-ї поправки [6, с. 54-55; 21, с. 347, 348-363]. Загалом американські суди застосовують скорочення кримінальної відповідальності ретроактивно, а її збільшення лише проспективно [6, с. 55].

Тим не менше, опоненти проспективності іноді відкидають апеляцію до захисту очікувань як її підставу. Так, у справі *Harper v. Virginia Dept. of Taxation* суд зазначив, що вибір застосовного до конкретної справи федерального права не залежить від заяв сторін щодо покладання на старе правило чи щодо можливої шкоди від ретроактивного застосування нового правила» [20, с. 95, 97].

Як було показано вище, на певному етапі наведені аргументи призвели до визнання та широкого застосування проспективності, утім згодом послідувала зміна ставлення до цього інструмента. Причини такої переміни можна побачити у

критиці на його адресу.

Серед першої критики можна виділити позицію Роберта фон Мошцискера (Moschzisker), голови суду штату Пенсильванія, який у 1924 р. назвав застосування проспективності неприхованою нормотворчістю судів, вказав на його практичну неефективність з огляду на те, що суб'єкти не будуть зацікавлені у зміні старого правила, бо це не принесе їм ніякої користі, а також зазначив, що проспективне правило буде лише *dictum*. При цьому, на його думку, суду не належить повноваження відкрито створювати право, яке регулюватиме майбутні випадки, як і повноваження спеціально встановлювати два різних правила: одне – для розглянутої судом справи, інше – для регулювання подібних справ у майбутньому [8, с. 11].

Перший аргумент має стосунок до дискусії між прихильниками деклараторної теорії і реалістами щодо природи суддівської діяльності та її співвідношення з нормотворчістю. По мірі того, як відбувається визнання реальної правотворчої ролі судді, все більше підстав не вбачати чогось надзвичайного у використанні проспективності, як певного атрибута діяльності законодавця. Як влучно зазначили А. Кокурек (Kocourek) та Г. Ковен (Koven), якщо ми визнаємо зміни прецедентів як судову правотворчість, то чому ми маємо засуджувати надання таким змінам проспективної дії [8, с. 17].

Тим не менше, у справах «Griffith», «Harper» одним з аргументів, якими обгрунтоване скасування вибіркової проспективності, є природа судового розгляду, яка не передбачає суто законодавчої прерогативи обирати напрямок дії правила в часі. Опоненти проспективності в особі суддів Г. Блека (Black), Дж. Гарлана (Harlan), А. Скалії (Scalia) та інших розвивають критику, спираючись на своє бачення місця суду в механізмі розподілу влад [20, с. 108]. Зокрема, як було підкреслено в окремій думці судді Г. Блека (Black) у справі «James v. United States» (1961), «цей суд ... завжди досі розумів, що проспективна законотворча діяльність є функцією Конгресу, а не судів. Ми продовжуємо думати, що цю

функцію має здійснювати лише Конгрес за конституційною системою» [22, с. 225]. Суддя А. Скалія (Scalia) зазначив, що «повністю ретроактивне винесення рішень розглядають принциповою відмінністю між судовою і законодавчою владою» [20, с. 107]. Окрім того він вказав, що труднощі, які виникають у зв'язку зі скасуванням попередніх прецедентів, «є одним зі зрозумілих обмежень судової правотворчості; усунути їх означає надати судам значно більше свободи «створювати нове право» і таким чином змінити до певної міри встановлену рівновагу компетенції і влади серед трьох гілок» [3, с. 549].

Викладаючи думку суду у «Griffith», суддя Г. Блекмун (Blackmun) зокрема зазначив: «На відміну від законодавчої влади, ми не проголошуємо нові правила конституційної кримінальної процедури на широкій основі. Швидше природа судового перегляду вимагає, щоб ми розглядали конкретні справи, і кожна справа зазвичай стає знаряддям проголошення нового правила. Але після того, як ми у окремій справі виробимо нове правило, справедливість судового перегляду вимагає, щоб ми застосували це правило до всіх подібних справ, що очікують прямого перегляду». У зв'язку з цим наведені слова судді Дж. Гарлана (Harlan): «Якщо ми не вирішуємо всі справи, що перебувають у нас на прямому перегляді, у світлі нашого найкращого розуміння керівних конституційних принципів, складно зрозуміти, чому ми маємо розглядати хоча б якусь справу в принципі... По правді, відстоювання судом повноваження відкидати чинне право при розгляді наявних у нас справ, що не пройшли всі стадії апеляційного перегляду, є просто відстоюванням того, що нашою конституційною функцією є не судочинство, а по суті законодавство» [19, с. 323].

Прибічники проспективності сприймають певне розширення правотворчої ролі суддів як закономірний та корисний факт [20, с. 108]. При цьому вони дорікають опонентам за прихильність до застарілих деклараторних поглядів [11, с. 431–432].

Утім, наприклад, суддя Дж. Гарлан (Harlan) наголошував, що він не

підтримує деклараторні погляди Блекстона (Blackstone), говорячи про необхідність вирішення питання ретроактивності рішення на підставі розмежування функцій судової і законодавчої влади [23, с. 677]. Але такий погляд усе-таки продовжує традиційні блекстонівські уявлення, до яких по суті апелює, наприклад, суддя А. Скалія [20, с. 107]. Останній послався, зокрема, на Томаса М. Кулі (Cooley), який у 1868 р. вказував на наявне переконання, що відмінність між гілками полягає в тому, що судова визначає, чим є чинне право щодо чогось, що вже сталося, тоді як законодавча передвизначає, яким право має бути для регулювання майбутніх справ [24, с. 91, 95].

У справі 1991 р. «James M. Beam Distilling Co. v. Georgia» суддя А. Скалія (Scalia) зазначив: «Якщо поділ федеральних влад, розташований у центрі конституційної системи, має бути успішним у своїй меті, мені здається, що фундаментальна природа цих влад має бути збережена так, як цю природу розуміли тоді, коли прийняли Конституцію ... судову владу Сполучених Штатів, надану цьому Суду і тим нижчим судам, які створює Конгрес, § 1 ст. III, слід вважати судовою владою як це розуміють у нашій традиції загального права. Це влада «говорити, що є право» («Marbury v. Madison» [25]), а не влада змінювати його. Я не настільки наївний (і не думаю, що такими були наші попередники), щоб не знати, що судді в реальному сенсі «створюють» право. Але вони роблять це так, як це роблять судді, а це означає, що вони ніби «знаходять» його – виявляючи, чим право є, а не постановляючи, на що змінилося воно сьогодні або чим воно буде завтра» [3, с. 549] (показовим є той факт, що А. Скалія є послідовним прихильником оригіналізму та одним з найконсервативніших суддів ВС [2, с. 160]). І врешті у цій же справі суд визнав факт, що ретроактивність прецеденту відображає деклараторну теорію [3, с. 535].

Наведена позиція ВС США, перед тим обстоювана суддями Г. Блекмуном (Blackmun), А. Скалією (Scalia), Дж. Гарланом (Harlan) та іншими і покладена в основу «Griffith» і «Harper», про суперечність проспективності природі судової

функції, підсилена посиланням на усталене розуміння п. 1 § 2 ст. 3 Конституції США (за якою судова влада США розглядає «справи» і «суперечки»): суд створює правила лише у зв'язку з розглядом конкретних справ, а не проголошуючи їх на ширшій основі як законодавець (йдеться про Клаузулу *Case or Controversy*, з якої випливає, що суд не може давати висновків щодо питань, які він не розглядає у певній справі) [3, с. 531, 547, 549; 19, с. 322-323; 20, с. 87, 107; 23].

Така прив'язка до Конституції федерації додала, зокрема, для ВС Нью-Мексико підстав далі використовувати правило «Chevron Oil Co.» у справах, не пов'язаних з федеральним правом (хоча обґрунтування *Harper* є актуальним у своїй основі і для судів штатів). У справі 1994 р. «*Beavers v. Johnson Controls World Services, Inc.*» ВС Нью-Мексико вказав, що вимога щодо «справ або суперечок» обмежена природою федеральної Конституції та не має відношення до судів штату Нью-Мексико, Конституція якого не містить такої вимоги, як і взагалі не дає підстав для заборони проспективності прецеденту [11, с. 431–432; 26, с. 1377].

Стосовно проблеми *dictum* та відсутності у суду повноважень відкрито створювати право суто для майбутніх справ – своє бачення її вирішення Б. Кардозо (Cardozo) у свій час виклав таким чином: суд застосовує застаріле правило до сторони, яка покладалася на нього, втім робить застереження, що до майбутніх відносин він може застосувати вже інше правило. Суд швидше попереджає, що не буде застосовувати певне правило в подальшому, а не формулює це нове правило. Відтак суд дійсно не зв'язує своїх наступників певним правилом, а ніби звільняє їх від обов'язковості старого правила, роблячи послання, що слідування йому може відтепер мати місце лише на власний ризик. При цьому право лишається невизначеним до наступного рішення суду. Утім суб'єкти можуть припустити ймовірність майбутнього перетворення на правило позиції, висловленої в *dictum* [8, с. 12–13]. Інші дослідники зазначають, що суд у наступній справі відчував би себе морально зобов'язаним дотримуватися свого

попереднього *dictum*, на яке суб'єкти могли б покладатися [8, с. 17].

Щодо зауваження, що проспективність позбавляє суб'єктів зацікавленості у зміні старого правила, бо це не приносить їм ніякої користі, опоненти зазначають, що суб'єкти, діяльність яких постійно пов'язана з відповідним правилом, будуть зацікавлені у вигідній для них його зміні, навіть якщо вона діятиме лише на майбутнє [8, с. 17]. Окрім того, сторона може бути зацікавлена в оскарженні проспективного судового рішення з метою надання йому зворотної дії [8, с. 19].

Утім практика пішла тим шляхом, що суди, відходячи від правила про обов'язкову ретроактивність прецеденту, порівняно рідко застосовують чисту проспективність. Частіше суди вдаються до вибіркової проспективності, за якої сторона, що виступала за зміну застосовного права, підпадає під нове правило, тоді як інші суб'єкти в аналогічних справах переважно все ще залишені під дією старого правила (утім можливі й розширеніші варіанти вибіркової). Той факт, що часто лише одна сторона виграє від встановлення нового правила, є «неминучим наслідком необхідності того, щоб конституційні рішення не ставали просто *dictum*», це «незначна ціна за дотримання належних принципів судочинства» [4, с. 254; 6, с. 44] (зазвичай ВС США вирішує в певній справі суто конституційне питання, застосовуючи своє нове правило – обов'язково ретроактивно – до її сторін. До питання про загальну ретроактивність цього правила він звертається, коли воно порушене у більш пізній справі [6, с. 57]).

Утім вибірковість такої проспективності не могла не зазнати критики. «...Вибіркове застосування нових правил порушує принцип однакового ставлення до суб'єктів в однаковому становищі», що в свою чергу «порушує основоположні правила конституційного судочинства» [19, с. 315, 323; 20, с. 87].

Така вибірковість часто фактично означає, що переваги від застосування нового правила одержує сторона справи, якій випало бути вирішеною судом першою. «Але ніхто не може мати право на конституційний захист просто через те, що його справа була вирішена у потрібний час, у потрібній послідовності.

Якщо конституційні принципи взагалі мають хоча б якусь об'єктивність, ми не можемо толерувати випадковий розподіл конституційних прав». Описаний щасливий збіг обставин не може породжувати раціональне розрізнення суб'єктів, що звернулися зі скаргою [19, с. 327; 27, с. 1278].

Яскравим прикладом такої свавільності та дискримінаційності, на яку вказали двоє суддів у своїх окремих думках, є вибіркова ретроактивність у справі «Linkletter v. Walker». У цій справі йшлося про можливість застосування в ній прецеденту справи «Mapp v. Ohio». Лінклетер вчинив своє діяння після злочину Мapp, при цьому остання підпала під дію нового, сприятливішого правила, а він – ні, лишившись у в'язниці [11, с. 416].

Ці міркування стали урешті одним з ключових аргументів згаданої вище заборони вибіркової проспективності ВС США (у справі «Griffith і Harper»).

Окрім того критики звернули увагу на ще один аргумент проти неретроактивності – ретроактивність є запобіжником, який утримує суддів від спокуси надто легко вдаватися до зміни права [8, с. 17]. А. Скалія, критикуючи проспективність, зазначав, що вона «постала в період розквіту правового реалізму і пропагувалася як «техніка судової правотворчості» загалом, а більш конкретно як засіб полегшення скасування попереднього прецеденту» [20, с. 105].

Це питання стосується значення цих темпоральних напрямків для функціонування принципу *stare decisis*. Дійсно, розуміння загроз, які тягне за собою обов'язкова ретроактивність зміни прецеденту, змушує суддів ретельніше зважувати необхідність змін та часто утримуватися від них [8, с. 17]. Відмова від зміни прецедентів позитивно позначається на дотриманні *stare decisis*.

Особливу шкідливість в аспекті *stare decisis* відзначають щодо вибіркової справедливості, за якої суд застосовує різні норми для різних аналогічних справ.

Проте прихильники проспективності заперечують такі аргументи: «... якщо ми шукаємо справедливості так само, як і стабільності, то як ми можемо звеличувати ретроактивність просто на тій підставі, що вона служить тому, щоб

утримувати суддів від більшої схильності до скасування прецедентів?» [8, с. 17]. Свого часу А. Кокурек (Kocourek) і Г. Ковен (Koven) схвалювали перспективну зміну прецедентів як засіб, що уможлиблює поєднання змін і стабільності [8, с. 17]. Перспективне скасування прецеденту дозволяє судам поважати принцип *stare decisis* навіть тоді, коли вони змушені змінити право у світлі нового розуміння [3, с. 552].

Втім зараз ставлення до перспективності на федеральному рівні, здається, відображає слова судді А. Скалії (Scalia): «Перспективне винесення рішень є слугою судового активізму та одвічним ворогом *stare decisis*» [20, с. 105].

Отже, в цьому аспекті наслідки перспективності сприймають як такі, що своєю шкодою (у вигляді полегшення запровадження змін, які без неї ніколи б не настали) переважають позитив (можливість зміни права з повагою до правомірних очікувань та чинних прецедентів).

На думку судді Дж. Гарлана (Harlan), ще одним аргументом проти неретроактивності став той факт, що різні судді мають різне бачення застосування цього інструменту – зокрема, в якості способу обмеження несправедливих судових рішень, а з іншого боку – техніки запровадження давно назрілих реформ, які інакше не могли б бути втілені [28, с. 218]. Це призвело до накопичення несумісних правил та принципів у цьому питанні [23, с. 676].

Ще одним питанням, що постає у зв'язку з розглядом зазначеної проблеми, є можлива залежність напрямку дії в часі прецедентів від поділу останніх на прецеденти, створені на основі прецедентного права та на основі Конституції, статутного права.

Визнання ідеї, що суддя може створювати застосоване у справі правило, більш природне щодо загального права, тоді як досить складно стверджувати, що застосоване у справі статутне право не існувало до винесення рішення. Відтак, визначення напрямку дії правила мало б бути можливим щодо рішень, в основі яких лежить саме прецедентне право. Така позиція має певну підтримку в судовій

практиці [6, с. 65].

Дехто ж з дослідників навпаки зазначав, що проспективне застосування більш властиве щодо прецедентів на основі статутного права, а не загального [Там само].

Утім у переважній більшості випадків ані суди, ані дослідники при визначенні дії в часі рішення не зважають на джерело права, покладене в його основу. Свого часу Б. Кардозо (Cardozo) вказував на відсутність різниці для вирішення цього питання, пов'язаної з основою рішення [6, с. 65].

У будь-якому разі, як, здається, слушно відзначив у Sunburst суддя Б. Кардозо (Cardozo), вибір застосовувати рішення ретроактивно чи проспективно – у будь-якому виді справ – є аспектом доктрини *stare decisis*, яка є частиною загального права, з чого випливає належність цього питання до суддівських повноважень [14, с. 366]. Подібну позицію можна зустріти й у відносно нещодавній судовій практиці [6, с. 65].

Обговорення результатів. Як бачимо, підходи до вирішення питання дії в часі прецедентного права у США є достатньо суперечливими. З одного боку, проспективність федерального прецедентного права, яка широко застосовувалася протягом певного часу, останніми десятиліттями вважається переважно неприйнятною. Міркування, які лежать в основі такої позиції, цілком застосовні до темпоральної чинності прецедентного права штатів, утім суди штатів переважно обмежують ретроактивність своїх рішень за необхідності, вважаючи це цілком правомірним.

Сама проблема вибору напрямку дії в часі прецедентного права є дилемою достатньо складною і, здається, далекою від остаточного розв'язання. ВС Нью-Мексико у одному зі своїх рішень назвав її предметом одних з найбільших юридичних дебатів ХХ ст. [3, с. 1377]. Вона виявляє конфлікт між такими ключовими цінностями, як правова визначеність, рівність, справедливість, піднімає питання поділу державної влади. Як бачимо, американські суди по-

різному вирішують проблему співвідношення та суперечності між ними. Окрім того, проблема є відображенням актуальності питань праворозуміння, природи прецедентних правил та ролі судді в функціонуванні права, продовженням протистояння між суддівським активізмом та суддівським самообмеженням.

Традиційна зворотна дія прецедентів, що майже не допускає винятків, яку активно захищає ВС США, виглядає досить дивно з огляду на вимогу передбачуваності права, а отже і його неретроактивності за загальним правилом (хоча, наприклад, звичне і для нашої традиції судове тлумачення має зазвичай зворотну дію). Утім згідно з теперішньою позицією ВС США необхідність передбачуваності федерального права (гарантією якої і є проспективність) здебільшого програє аргументам, пов'язаним, зокрема, з іншими цінностями. Насамперед вона поступається принципу рівності, що стало підставою прямої заборони цим судом вибіркової проспективності, яка якраз і має виразний недолік у вигляді випадкової вибіркової.

Інший аргумент суду, що по суті спрямований проти проспективності загалом, це її суперечність природі судової влади, характеру її правотворчості. Цей момент важливий для розуміння судової правотворчості та, зокрема, її англо-американського варіанту. Втім цей широко визнаний у американській юриспруденції аргумент не настільки абсолютний, свідченням чому є постійні дискусії щодо правомірності незалежного здійснення судами правової політики [6, с. 67; 2, с. 154–161, 189–190]. Проте навіть якщо пристати на відповідне розуміння судової правотворчості, виведення з нього неможливості відходу від ретроактивності виглядає непереконливим чи принаймні небезальтернативним висновком.

У цьому плані можна вбачати певний позитив у прямій забороні на федеральному рівні лише вибіркової проспективності, що, можливо, дає змогу у майбутньому скористатися у відповідних справах чистою проспективністю та тією гнучкістю регулювання, яку вона несе в собі.

Висновки. Проводячи паралелі з питанням про можливість вибору напрямку дії в часі судових правоположень у нашій правовій системі, варто відзначити таке.

Аргументи американських правознавців проти проспективності пов'язані з англо-американськими реаліями розуміння ролі суду та судової правотворчості і можуть видаватися даниною певній традиції. Відтак їх, можливо, складно сприйняти в рамках континентальної правової системи. Ще специфічнішими лишаються аргументи, засновані на особливостях розуміння конкретних положень Конституції США. Утім у континентальних правових системах певним відповідником згаданих аргументів може виступати традиційне бачення судових правових позицій як ретроактивних через їхній правотлумачний чи правозастосовний характер. При глибшому погляді на англо-американську традицію вбачається певна подібна логіка, успадкована від деклараторної теорії, за якою суддя як оракул права не створював, а виявляв його, ще й у зв'язку з його застосуванням до минулих подій, звідки й походила неминуча ретроактивність. При цьому і сучасній американській юриспруденції, яка переважно відійшла від деклараторних поглядів, і сучасному континентальному правознавству складно повністю переосмислити та реформувати свої традиційні підходи до ретроактивності судових рішень.

Загалом широке обговорення можливості проспективності судових правових позицій пов'язане у континентальній правовій традиції так само зі змінами уявлень про роль суду в правотворчості. Погляд на діяльність суду як на своєрідний аналог правотворчості робить виправданою постановку питання про обмеження ретроактивності.

У той же час аргументи на користь можливості обирати проспективність багато в чому подібні в обох правових традиціях. Увага до принципів неретроактивності та загалом правової певності, яким суперечить ретроактивність як самого права, так і практики його застосування та тлумачення, може бути

вирішальною для визнання можливості обмеження ретроактивності судових правоположень.

Список літератури

1. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Київ : КНУ, 2002. 198 с.
2. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ : Реферат, 2007. 640 с.
3. James M. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U.S. 529 (1991). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/529/> (дата звернення: 15.05.2019).
4. Desist v. United States, 394 U.S. 244 (1969). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/244/> (дата звернення: 15.05.2019).
5. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others. URL: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf> (дата звернення: 15.05.2019).
6. Kay R. S. Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, 2014. P. 37–68. URL: https://opencommons.uconn.edu/law_papers/287 (дата звернення: 15.05.2019).
7. Кросс Р. Прецедент в английском праве. Москва, 1985. 238 с.
8. Levy B. H. Realist Jurisprudence and Prospective Overruling. *University of Pennsylvania Law Review*. 1960. Vol. 109, No 1. P. 1 – 30.
9. United States v. Estate of Donnelly, 397 U.S. 286, 296 (1970). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/286/> (дата звернення: 15.05.2019).
10. Teague v. Lane, 489 U.S. 288 (1989). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/288/> (дата звернення: 15.05.2019).
11. Hammer S. J. Retroactivity And Restraint: An Anglo-American Comparison. *Harvard journal of law & public policy*. 2018. Vol. 41, No. 1. P. 409–442.
12. Freeman R. H. The Protection Afforded Against Retroactive Operation of an Overruling Decision. *Columbia Law Review*. 1918. Vol. 18, No. 3. P. 230–251.
13. Address by Chief Judge Cardozo, New York State Bar Association, January 22, 1932, in *55 Report of N.Y.S.B.A.* P. 263–302.
14. Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co., 287 U.S. 358 (1932). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/358/> (дата звернення: 15.05.2019).
15. Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/> (дата звернення: 15.05.2019).
16. Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/293/> (дата звернення: 15.05.2019).
17. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/719/> (дата звернення: 15.05.2019).
18. Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U.S. 97 (1971). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/97/> (дата звернення: 15.05.2019).
19. Griffith v. Kentucky, 479 U.S. 314 (1987). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/314/#T10> (дата звернення: 15.05.2019).
20. Harper v. Virginia Dept. of Taxation, 509 U.S. 86 (1993). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/86/> (дата звернення: 15.05.2019).
21. Bouie v. City of Columbia, 378 U.S. 347 (1964). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/347/> (дата звернення: 15.05.2019).

22. James v. United States, 366 U.S. 213 (1961). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/366/213/> (дата звернення: 15.05.2019).
23. Mackey v. United States, 401 U.S. 667, 690 (1971). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/667/> (дата звернення: 15.05.2019).
24. Cooley T. M. A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union. Boston: Little, Brown & Company, 1868. 778 p.
25. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/> (дата звернення: 15.05.2019).
26. Beavers v. Johnson Controls World Services, Inc., 881 P.2d 1376 (1994). URL: <https://law.justia.com/cases/new-mexico/supreme-court/1994/21462-0.html> (дата звернення: 15.05.2019).
27. Fletcher G. P. Paradoxes in Legal Thought. *Columbia Law Review*. 1985. Vol. 85. P. 1263–1292.
28. Jenkins v. Delaware, 395 U.S. 213 (1969). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/213/> (дата звернення: 15.05.2019).

References

1. Malyshev, B.V. (2002). Sudovyi pretsedent u pravoviy systemi Anhliyi (teoretyko-pravoviy aspekt): *Candidate's thesis*. Kyiv: KNU [in Ukrainian].
2. Shevchuk, S. (2007). Sudova pravotvorchist: svitovyi dosvid i perspektyvy v Ukrayini. Kyiv: Referat [in Ukrainian].
3. James M. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U.S. 529 (1991). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/529/>.
4. Desist v. United States, 394 U.S. 244 (1969). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/244/>.
5. Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Limited and others. URL: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd050630/nat.pdf>.
6. Kay, R.S. (2014). Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, 37–68. URL: https://opencommons.uconn.edu/law_papers/287.
7. Cross, R. (1985). Pretsedent v anhliyskom prave. Moscow [in Russian].
8. Levy, B.H. (1960). Realist Jurisprudence and Prospective Overruling. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 109, 1, 1–30.
9. United States v. Estate of Donnelly, 397 U.S. 286, 296 (1970). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/286/>.
10. Teague v. Lane, 489 U.S. 288 (1989). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/288/>.
11. Hammer, S.J. (2018), Retroactivity And Restraint: An Anglo-American Comparison. *Harvard journal of law & public policy*. Vol. 41, 1, 409–442.
12. Freeman, R.H. (1918), The Protection Afforded Against Retroactive Operation of an Overruling Decision. *Columbia Law Review*. Vol. 18, 3, 230–251.
13. Address by Chief Judge Cardozo, New York State Bar Association, January 22, 1932, in *55 Report of N.Y.S.B.A.*, 263–302.
14. Great Northern Railway Co. v. Sunburst Oil & Refining Co., 287 U.S. 358 (1932). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/287/358/>.
15. Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/>.

16. Stovall v. Denno, 388 U.S. 293 (1967). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/293/>.
17. Johnson v. New Jersey, 384 U.S. 719 (1966). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/719/>.
18. Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U.S. 97 (1971). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/97/>.
19. Griffith v. Kentucky, 479 U.S. 314 (1987). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/314/#T10>.
20. Harper v. Virginia Dept. of Taxation, 509 U.S. 86 (1993). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/86/>.
21. Bouie v. City of Columbia, 378 U.S. 347 (1964). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/347/>.
22. James v. United States, 366 U.S. 213 (1961). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/366/213/>.
23. Mackey v. United States, 401 U.S. 667, 690 (1971). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/667/>.
24. Cooley, T.M. (1868). A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union. Boston: Little, Brown & Company.
25. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>.
26. Beavers v. Johnson Controls World Services, Inc., 881 P.2d 1376 (1994). URL: <https://law.justia.com/cases/new-mexico/supreme-court/1994/21462-0.html>.
27. Fletche, G. P. (1985). Paradoxes in Legal Thought. *Columbia Law Review*. Vol. 85, 1263–1292.
28. Jenkins v. Delaware, 395 U.S. 213 (1969). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/213/>.

Пушняк А. В., канд. юрид. наук, доц., доцент кафедры теории и философии права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: pushnyak.o@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3088-1040

Действие во времени судебного прецедента: опыт США

Рассмотрены возможные направления действия во времени прецедентного права в США (ретроактивного, чистого проспективного и выборочного проспективного действия), а также история практического применения указанных направлений на федеральном уровне и уровне штатов. На основании анализа изменения подходов к определению направления действия во времени судебного прецедента сделан вывод, что проблема возможности проспективности остается сложной дилеммой, далекой от окончательного решения. Она обнаруживает конфликт между такими ключевыми ценностями, как правовая определенность, равенство, справедливость, поднимает вопрос разделения государственной власти. Кроме того, данная проблема отражает актуальность вопросов правопонимания, природы прецедентных правил и роли судьи в функционировании права. Несмотря на уход американской юриспруденции от деклараторной теории судебного прецедента, последняя продолжает существовать в виде традиционной ретроактивности, которая остается основным или единственным вариантом темпоральной действия прецедентов в США.

Ключевые слова: действие во времени судебного прецедента; ретроактивность; проспективность; судебная нормотворчество; судебный прецедент.

Pushniak O. V., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: pushnyak.o@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3088-1040

Temporal effect of judicial precedent: USA experience

This study focuses on the operation of US case law in time. Currently, the Ukrainian doctrine pays little attention to the experience of the US legal system in this matter. Meanwhile, such experience is important due to the recognition in Ukrainian doctrine and practice of the sources of law related to the activities of courts.

The author reviews the possible directions of operation in the time of the judicial precedent (in particular, retroactive, pure prospective and selective prospective effect), traces the history of their practical application at both the federal and state levels. The author then turns to in-depth analysis of the reasons that led to use a certain direction of operation in time by courts. In particular, the study focuses on the change in perception of the functions of the judiciary, in particular the recognition of judicial rulemaking as a factor having contributed to the widespread introduction of prospectivity. Therefore, the role of the legal predictability and the protection of legitimate expectations is regarded as the main grounds for the use of prospects.

The author has analyzed the critique of prospectivity, which led to a widespread refusal to use it at the federal level (it continues to be used at state level). Attention is drawn to the following arguments of the critics: prospectivity does not comply with established rules on the role of the judiciary and judicial rulemaking (according to which setting the operation of legal rules for the future falls within the legislative prerogative; at the federal level such an approach is justified by the provision of the US Constitution), undermines the principle of stare decisis, makes the ruling merely a dictum without obliging the courts to adhere to it. Under the influence of the latter, courts tend to use selective prospectivity instead of pure prospectivity. It has become the object of criticism because of the inequity and the randomness of the distribution of the effects of change. The US Supreme Court on this basis has terminated its use as well.

The author states that possibility of prospectivity remains a complex dilemma, far from a final solution. It reveals a conflict between such key values as legal certainty, equality, fairness, raises the question of the separation of powers. In addition, the problem reflects the issues of the nature of case law and the role of a judge in the functioning of the law. Despite the shift of American jurisprudence from the declaratory theory of judicial precedent, the latter continues to exist in the form of traditional retroactivity, which remains the main or the only form of the temporal effect of precedents in the United States.

Keywords: temporal effect of judicial precedent; retroactivity; prospectivity; judicial rulemaking; judicial precedent.

Надійшла до редколегії 20.05.2019 р.