

ДЖЕРЕЛА ПРАВА

§ 1. Поняття і види джерел права

Норми права мають бути закріплені в певних формах, визнаних державою та суспільством (джерелах права). Учасники урегульованих правом відносин завдяки джерелам права отримують інформацію про те, яка поведінка відповідає критеріям правомірності, мають можливість підтвердити чинність правової норми посиланням на відповідне джерело, в якому її закріплено.

Сам термін «джерело права» вперше почав використовуватися ще за часів Давнього Риму. Тіт Лівій назвав Закони XII таблиць «джерелами усього публічного і приватного права», оскільки вони вважалися давньоримськими правознавцями витоками чинного права. Таке розуміння джерела права відповідає етимологічному значенню поняття «джерело» (те, що дає початок чому-небудь, звідки походить що-небудь)¹.

Характеристика джерел права часто-густо починається із такого положення: щоб визначити, що є джерелом права і як саме воно функціонує у даній правовій системі, слід передовсім подивитись, як судді обґрунтовують свої рішення, на що саме вони посилаються².

В юридичній літературі термін «джерело права» використовується у таких основних значеннях:

1) як *ідейні витoki права*; залежно від типів праворозуміння – те, що робить право правом, у чому криється джерело його обов'язковості, нормативної сили (наказ суверена, зумовленість фундаментальними цінностями, релігійні приписи тощо);

2) як *соціальні фактори, сили, що творять право* (наприклад, матеріальні умови суспільства, суспільну практику);

¹ Христова Г. О. Джерело права. *Велика українська юридична енциклопедія* : у 20 т. Т. 3 : Загальна теорія права. Харків : Право, 2017. С. 107.

² Gray J. Ch. *The Nature and Sources of the Law*. 2nd Edition / Ed. by R. Gray, S. A. Childress. Quid Pro, LLC, 2015. P. 67.

3) як уповноважені суб'єкти (посадові особи або органи), які ухвалюють обов'язкові до виконання правила поведінки;

4) як матеріали, за допомогою яких можна тлумачити право, встановлювати дійсний зміст правових норм;

5) як зовнішні форми вираження права та його існування (тобто форми права)¹.

У цьому підручнику це поняття використовується передовсім в останньому з наведених значень, тобто як формальне джерело права (форми права).

Отже, **джерело права** – це визнана в конкретному суспільстві офіційна форма (спосіб) зовнішнього виразу та закріплення норм права, посилення на яку підтверджують їхнє існування.

Те, які саме джерела права визнаються у тій чи іншій правовій системі, як вони співвідносяться між собою і яку юридичну силу мають, залежить від багатьох факторів – від специфіки правової системи, історичних традицій, національних особливостей, якості нормотворчості, рівня правової культури суспільства тощо. Тому, наприклад, у німецькій правовій літературі існує поділ на джерела права і джерела знань про право, у скандинавській – на обов'язкові джерела права, бажані й допустимі тощо.

Визнаними джерелами права у більшості правових систем світу є нормативні правові акти, судові прецеденти, правові звичаї, нормативні правові договори. Статус джерела права також мають судова практика і правова доктрина.

Поділ джерел права на види можливий за багатьма критеріями: за сферою дії – внутрішньодержавні, регіональні та міжнародно-правові; за способами фіксації – письмові й усні; за поширенням у правових сім'ях – традиційні й нетрадиційні; за відповідністю певним моделям – класичні та модифіковані тощо.

Найбільше практичне значення має поділ джерел права на обов'язкові, закріплення норм права в яких свідчить про їх обов'язковість для учасників суспільних відносин; і *переконливі* (авторитетні), посилення на які є недостатнім для підтвердження обов'язковості тих чи інших норм, оскільки вони містять додаткову юридичну аргументацію

¹ Kammerhofer J. Sources in Legal Positivist Theories: The Pure Theory's Structural Analysis of the Law. *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* / Samantha Besson, Jean d'Aspremont (eds). Oxford : Oxford University Press, 2017. P. 4.

та не можуть виступати самостійною (достатньою) підставою для ухвалення індивідуальних рішень. Наразі використання останніх є факкультативним.

Так, наприклад, розглядаючи позов про незаконне звільнення з роботи, суддя має обов'язково врахувати положення Конституції України, ратифікованих Україною міжнародних договорів, відповідні положення КЗпП України, інших нормативно-правових актів, які врегульовують спірну ситуацію, положення колективного договору, якщо такий діє на підприємстві, рішення КСУ, рішення ЄСПЛ у справах за аналогічними обставинами.

Таке коло джерел, до яких має в обов'язковому порядку звернутися суддя, вказує на те, що *статус обов'язкових джерел права в Україні мають: нормативно-правові акти, нормативні договори, судові прецеденти*. За наявності прямої вказівки статусу обов'язкового джерела права також може набувати *правовий звичай*. Нормативно-правові акти виступають найбільш поширеним джерелом права в Україні, водночас останнім часом значно зростає також роль *міжнародно-правових договорів, рішень Верховного Суду, практики ЄСПЛ*.

Якщо суддя хоче навести додаткову аргументацію своєї правової позиції у справі (така необхідність може бути зумовлена складністю справи, неоднозначністю правового регулювання, особливою значущістю справи), він може додатково посилатися на попередню судову практику, правову доктрину, судові рішення й інший досвід правового регулювання в інших державах. Такі посилання не мають обов'язкової сили, використовуються на основі їх авторитетності для юридичної спільноти. Тому відповідні джерела мають назву *авторитетних або переконливих*.

Слід зазначити, що важливу роль у правовому регулюванні відіграють принципи права. Це часто дає підстави називати їх також джерелами права. Але такий підхід є некоректним з декількох причин: по-перше, принципи права не виступають формами закріплення норм права, як це відбувається з іншими джерелами права; по-друге, самі принципи становлять поряд з нормами зміст права, а не його форму. Отже, принципи поряд із нормами, які закріплюються у формальних джерелах, беруть участь у правовому регулюванні. Тому в наведеному вище прикладі судді необхідно буде звертатися не тільки до джерел права, але й до принципів права.

§ 2. Нормативно-правовий акт

Нормативно-правовий акт – це офіційний письмовий документ, прийнятий уповноваженими суб'єктами нормотворчості, який встановлює, змінює чи скасовує норми права.

Нормативно-правовий акт з'являється на ранніх етапах розвитку державності, поступово заміщує правові звичаї, стає для більшості правових систем основним джерелом права. З посиленням державної влади та її централізацією, нормотворча діяльність органів державної влади набуває пріоритетного значення, а право отримує нову зовнішню форму виразу – закону.

Нормативно-правові акти домінують серед джерел права у країнах романо-германської правової сім'ї і відіграють важливу роль у країнах англо-американського права. В Україні нормативно-правовий акт належить до *обов'язкових* джерел права.

Нормативно-правовий акт характеризується такими особливостями; ухвалюється *уповноваженими суб'єктами нормотворчості* в межах їх компетенції; має *письмову форму* і оприлюднюється в офіційних виданнях; є чітко *структурованим* (поділений на глави, розділи, пункти, статті тощо); розробляється і приймається з дотриманням *нормотворчої процедури*; встановлює, змінює чи скасовує норми права.

Нормативно-правові акти становлять ієрархічну систему (*законодавство*), побудовану з урахуванням їхньої *юридичної сили*.

У системі нормативно-правових актів держави найвищу юридичну силу має *конституція*, яка розглядається як основний закон. Так у ФРН конституційний акт має офіційну назву Основного закону. Писана конституція може складатися як з одного, так і з кількох окремих документів, прийнятих у різний час. Наприклад, конституційне законодавство Швеції складається з акта про спадкоємність престолу, акта про форму правління, акта про свободу друку, акта про свободу вираження. Неписані конституції мають Велика Британія, Нова Зеландія, Ізраїль.

Наступний щабель в ієрархії нормативно-правових актів займають *закони*, які приймаються парламентом і мають вищу юридичну силу у порівнянні з нормативними актами інших державних органів. Закони розрізняються за своїм змістом, формою, юридичною силою і порядком прийняття.

У низці зарубіжних країн особливе значення в регулюванні окремих сфер (освіта, охорона здоров'я, соціальне страхування та ін.) мають нормативні акти, які приймаються центральними органами виконавчої влади (урядом, міністерствами, відомствами) у порядку здійснення ними делегованих парламентом законодавчих повноважень (*делеговане законодавство*). Прикладом цього є *ордонанси* (акти, які приймаються Радою міністрів Франції), *законодавчі декрети* (акти уряду Італії), *накази в Раді* (акти, видані Урядом Великої Британії від імені королеви і Таємної Ради).

Система нормативних актів включає також інші *підзаконні акти*, прийняті центральними і місцевими органами виконавчої влади (постанови, накази, розпорядження тощо), органами місцевого самоврядування (рішення). Такі підзаконні акти ухвалюються в межах компетенції відповідних органів та не можуть суперечити законам.

■ § 3. Правовий звичай

Правовий звичай – це правило поведінки, яке передбачає усталений порядок дій, склалося в результаті тривалої практики здійснення й юридичне значення якого є офіційно визнаним.

Правові звичаї можуть застосовуватися як на рівні окремих груп (*локальні*), так і на рівні всього суспільства (*загальні*). Сукупність правових звичаїв утворює *звичаєве право*.

Способами офіційного визнання юридичного значення такого узвичаєного правила поведінки можуть бути:

1. *Бланкетування* юридичної норми – введення до тексту іншого джерела права (нормативно-правового акта, нормативно-правового договору, судового прецеденту), посилання на звичай (пряма форма). Так, ст. 28 ЦК України передбачає, що ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається із прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не впливає із закону або звичаю національної меншини, до якої вона належить. Законодавець у такий спосіб обирає модель правового регулювання, яка залишає певний простір свободи учасникам відповідних відносин. При цьому звичаї національних меншин щодо визначення імені фізичної особи можуть бути різними

і в кожному конкретному випадку зміст такого звичаю буде визначатися окремо.

2. Надання окремим офіційним і неофіційним особам права *керуватися відомими на практиці звичаями у процесі реалізації юридичних норм* у тій чи іншій сфері відносин (непряма форма). У цей спосіб юридичне значення звичаю визнано, наприклад, ЦК України. Зокрема, ст. 7 ЦК України передбачає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту; звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Умовами використання звичаїв у разі другого з наведених способів визнання є такі: а) вони застосовні тільки за відсутності правила, яке б урегулювало відповідні суспільні відносини, у нормативно-правовому акті; б) якщо відносини врегульовані індивідуальним договором, то звичай може бути застосовано тільки у разі, якщо сторони не передбачили інше в договорі між ними; в) звичай, як правило, складається у доволі вузькій сфері відносин (морські перевезення, страхова діяльність, практика складання договорів тощо), і його застосування за аналогією до інших відносин не допускається; г) застосування звичаю не повинно суперечити принципам права, а також вимогам обов'язкових джерел права¹.

Історично правовий звичай є першим джерелом права, яким регулювалися відносини в період становлення державності. Усі стародавні пам'ятки права були зводами правових звичаїв: Закони царя Хаммурапі, Закони XII таблиць, Салічна правда, Руська Правда та ін. Так, у Давньому Римі норми звичаєвого права позначалися спеціальними термінами: звичаї предків (*mores maiorum*), звичаєва практика (*usus*), звичаї, які склалися в практиці жерців (*commentarii pontificum*), звичаї, які склалися в практиці магістрів (*commentarii magistratum*) і т. ін. З ускладненням суспільних відносин, розширенням сфер державного впливу, виникненням нормотворчості правові звичаї поступаються законам та іншим джерелам права.

У сучасний період найбільшого поширення звичаєве право набуває у країнах традиційної правової сім'ї. Крім того, правові звичаї вико-

¹ Bederman David J. Custom as a Source of Law. Cambridge University Press, 2010. P. 33.

ристовуються як додаткове джерело права у країнах романо-германської та англо-американської правових сімей.

В Україні правовий звичай має статус *обов'язкового* джерела права. Його роль зростає у зв'язку з відмовою від централізованого правового регулювання у сфері приватного права. Також звичаї використовуються і у сфері публічного права – в конституційному, адміністративному, фінансовому праві. Наприклад, правові звичаї складаються в парламентській, виборчій практиці, в діяльності органів місцевого самоврядування. Важливу роль звичаї відіграють у міжнародному публічному праві¹.

■ § 4. Нормативно-правовий договір

Нормативно-правовий договір – це двостороння або багатостороння угода, яка встановлює, змінює або скасовує норми права.

Такі договори на відміну від індивідуально-правових договорів (наприклад, договору купівлі-продажу, трудового контракту, шлюбний договір) містять *загальні правила поведінки* і не мають персоніфікованого характеру.

Головною особливістю нормативно-правового договору, яка відрізняє його від інших джерел права, є те, що він є *результатом узгодженої волі сторін*. Саме тому сфери його застосування є об'єктивно зумовленими – це ті відносини, де між сторонами має бути досягнуто консенсус щодо регулювання їх відносин. Цим, зокрема, пояснюється важливість нормативно-правових договорів як джерела права у міжнародних відносинах: держави як суверенні суб'єкти мають дійти згоди щодо того, які зобов'язання у тій чи іншій сфері міжнародно-правових відносин вони на себе беруть. Інший порядок встановлення правил поведінки суперечив би концепції державного суверенітету.

За сферою дії виокремлюють *міжнародні* та *внутрішньодержавні* нормативно-правові договори.

Міжнародним договором є угода, укладена між державами в письмовій формі й урегульована міжнародним правом, незалежно від того,

¹ Див.: Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики : монографія. Харків : Право, 2012. 456 с.

чи викладена така угода в одному документі, двох чи кількох, зв'язаних між собою документах, а також незалежно від її конкретного найменування – конвенція, пакт, угода, протокол та ін. Згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору підтверджується шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору.

Внутрішньодержавні договори укладаються в сфері трудового, адміністративного, фінансового права та ін. Прикладом конституційного договору був *Конституційний Договір* між ВРУ та Президентом України 1995 р., який діяв до прийняття Конституції України 1996 р.

У трудовому праві застосовуються два види нормативних договорів: *колективні договори* та *колективні угоди*. *Колективним договором* є двостороння угода, яка укладається між профспілковим комітетом, який представляє трудовий колектив, і власником підприємства, установи, організації з метою регулювання виробничих, трудових, соціально-економічних інтересів працівників і власників. У колективному договорі встановлюються взаємні зобов'язання сторін щодо регулювання змін в організації виробництва і праці; нормування і оплати праці; участі трудового колективу у формуванні, розподілі й використанні прибутку підприємства; забезпечення житлово-побутового, культурного, медичного обслуговування працівників тощо. *Колективні угоди* укладаються на двосторонній основі на *галузевому, регіональному* та загальнонаціональному рівнях.

У сфері адміністративного права набуває поширення *адміністративний договір*. КАС України визначає адміністративний договір як дво- або багатосторонню угоду, зміст якої становлять права та обов'язки сторін, що впливають із владних управлінських функцій суб'єкта владних повноважень, який є однією із сторін угоди (п. 14 ст. 3). Адміністративні договори найчастіше мають *нормативний* характер, що пояснюється їх публічно-правовою природою і функціональним призначенням. Вони укладаються в публічних інтересах, а їхня цільова спрямованість – це досягнення загального блага.

Нормативний договір є зручним способом регулювання, дозволяє враховувати взаємні інтереси суб'єктів і забезпечувати відносно безконфліктне функціонування громадянського суспільства. У країнах

романо-германської правової сім'ї (у тому числі в Україні) нормативні договори відносять до *обов'язкових* джерел права. Роль нормативно-правового договору як джерела права постійно зростає, що обумовлено процесами децентралізації, застосуванням координаційних методів правового регулювання.

§ 5. Судовий прецедент

Важлива роль судової правотворчості визнавалася вже в стародавніх Єгипті, Греції, Римі. Так, у стародавній Греції судді поклалися на раніше прийняті рішення для вирішення торгових суперечок. Давньоримські судді слідували практиці своїх попередників у питаннях процедури і не тільки.

Починаючи з XIII ст. прецедентне право поширюється в Англії та Уельсі, утворюється королівськими судами і передбачає визнання за судом права офіційного формулювання (визнання існування) правових норм, що склалися у правових звичаях і традиціях країни («декларативна теорія судового прецеденту», відповідно до якої суддя не створює, а лише *відкриває право*, яке завжди існувало у суспільстві – В. Блекстоун). Загальна доктрина судового прецеденту як обов'язкового джерела англійського права склалася лише в другій половині XIX ст. і була пов'язана з офіційним упорядкуванням публікації рішень вищих судових інстанцій та заснуванням єдиної централізованої системи судів.

Судовий прецедент (від лат. *praecedens (praecedentis)* – той, що передує; англ. – precedent) – *це рішення суду в конкретній справі, що є обов'язковим для суду тієї самої або нижчої інстанції при вирішенні в майбутньому всіх аналогічних справ.*

В його основі лежить алгоритм повторюваності певних суспільних відносин, що зумовлює відповідність ідеї прецеденту природі людини та соціальним очікуванням суспільства. У основі обов'язковості прецеденту лежить принцип, що аналогічні справи повинні вирішуватися аналогічно, а судові рішення є справедливим, якщо не відрізняється від прийнятого раніше за умов співпадіння фактичних обставин справи.

У кожній системі прецедентного права судові прецеденти мають свої особливості, проте можна виділити такі їх *основні ознаки*: а) судовий прецедент як результат судової правотворчості має *нормативний характер*; б) судовий прецедент переважно *формується вищими судовими інстанціями*; в) судовий прецедент має *обов'язковий характер* для нижчих судів; вищі судові інстанції зв'язані своїми попередніми прецедентами і не повинні відхилятися від них без очевидної необхідності; в силу цього судовий прецедент є обов'язковим також для інших суб'єктів права, у тому числі й для державних органів і посадових осіб; г) судовий прецедент є *писаним джерелом*, який підлягає оприлюдненню в бюлетенях або інших офіційних виданнях; д) судовий прецедент має *казуїстичний характер*, створюється внаслідок вирішення конкретних, окремих казусів (випадків), що породжує множинність прецедентів, їх певну неузгодженість.

В основу доктрини судового прецеденту покладено принцип *stare decisis* (у перекладі з лат. «стояти на вирішеному»), що походить від латинського вислову «*stare decisis et non quieta movere*» – «триматися прецедентів і не порушувати вже встановленого». За цим принципом суди не можуть переглядати прецеденти за своїм розсудом, а мають дотримуватися правила, встановленого при розгляді попередньої аналогічної справи («*принцип підкореності*») або враховувати це правило, якщо його аргументація є досить переконливою («*принцип переконливості*»). Дотримання принципу *stare decisis* спрямовано на забезпечення високого ступеня єдності та сталості судової практики, що розглядається в контексті дотримання справедливості та рівного ставлення до всіх осіб в однакових ситуаціях.

Основу судового прецеденту становить *мотивувальна частина судового рішення, де міститься «ratio decidendi»* (з лат. – вирішальний довід, аргумент, підстава для вирішення), що являє собою принцип, ідею, правову позицію, покладену в основу вирішення справи. Відповідно прецедентне (нормативне) значення має не все судове рішення, а лише *та його частина, в якій обґрунтовується відповідь на питання, що постало перед судом*. Саме ця частина судового рішення містить нове правило поведінки (*норму прецедентного права*) та становить судовий стандарт – пояснення, чому саме так було вирішено конкретну справу, якого в подальшому слід додержуватися при вирішенні наступних аналогічних справ.

Наприклад, у справі «Полторацький проти України» (2003) заявник скаржився на порушення ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, що передбачає право кожного не піддаватися катуванню або нелюдському чи такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню. У скарзі заявник зазначив, що він був засуджений до смертної кари та перебував під вартою у «камері смертників» в очікуванні виконання вироку. До нього не застосовувався фізичний чи психічний примус, проте умови очікування вироку були нестерпними з психологічної точки зору.

ЄСПЛ дійшов висновку про те, що відсутність будь-якого наміру з боку держави принизити чи зневажити заявника не може бути вирішальною підставою для виключення висновку про порушення нею ст. 3 Конвенції. На думку Суду, умови тримання під вартою, які заявник мусив терпіти, завдавали йому великого психічного страждання і принижували його людську гідність. Принцип, викладений у цьому рішенні («*ratio decidendi*»), тобто можливість визнати порушенням ст. 3 Конвенції дії, які не мали прямого наміру принизити чи зневажити особу, але фактично призвели до такого результату, суд поклав в основу вирішення аналогічних справ проти України.

Усі інші аргументи та зауваження суду, які не є безпосередньо зв'язані з відповіддю на питання, яке постало перед судом, а тому й не впливають на результат рішення, становлять *obiter dictum* (з лат. – «сказане між іншим»), і також містяться в мотивувальній частині судового рішення, та в окремих думках, які додаються до цього рішення. *Obiter dictum* містить додаткову аргументацію, аналіз фактів, обставин справи, цитування авторитетних джерел тощо, висновки суду щодо фактів та обставин, що не мають прямого відношення до неї; твердження суду щодо доведених у справі фактів, які не були використані для обґрунтування рішення у справі; думки суддів, які не відповідали позиції більшості, покладеної в основу ухваленого рішення.

Суд також може відхилитися від раніше прийнятих прецедентів, застосовуючи техніку «розрізень» (якщо доведе, що фактичні обставини справи, що розглядається, відрізняються від раніше прийнятої справи прецедентного характеру), або техніку «подолання», коли суд по суті прямо скасовує свої раніше прийняті прецеденти з посиланням на суттєві зміни соціальних та ціннісних стандартів суспільства, але

такі випадки не є дуже частими (наприклад, скасування Верховним судом США раніше прийнятого прецеденту, який виправдовував практику розрізненого навчання білих та афро-американців).

Як зазначив з цього приводу ЄСПЛ у рішенні у справі *I. v. the United Kingdom* (2002), хоча Суд формально і не зобов'язаний дотримуватися своїх раніше прийнятих рішень, однак він не повинен відступати, без поважних причин, від прецедентів, визначених у його попередніх рішеннях, в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед правом.

Розрізняють декілька видів судових прецедентів:

1. Прецеденти, що створені *на основі загального права*, та прецеденти, що створені *на основі писаного права*. В інших правових системах вони називаються *прецедентами, що створюють нові правові положення, та прецедентами тлумачення*.

2. *Вертикальний* (рішення вищого суду є обов'язковими для нижчих судів) та *горизонтальний* (раніше прийняті рішення того самого суду є обов'язковими для нього при вирішенні наступних справ) прецедент.

3. *Переконливий* (коли суддя не має обов'язку слідувати певному прецеденту, але робить це в силу його переконливості та авторитету) та *обов'язковий прецедент*.

4. *Приписаний* (формально закріплений у законодавстві, тобто коли законодавець нормативно закріплює обов'язковість судових прецедентів, що створюються вищими судами для нижчих) та *фактичний* (коли прецеденти визнаються обов'язковими *de facto*, тобто в силу ієрархічності судової системи).

5. *Деклараторний*, що походить з деклараторної теорії права (відкриває право, яке завжди «існувало» в суспільстві), *креативний* (визнає, що судді створюють право) та *скасовувальний* (скасовує раніше прийняті прецеденти).

6. *Матеріальний* (створює нові правоположення або норми прецедентного права у сфері матеріального права) та *процесуальний* (у сфері процесуального).

7. Прецедент, що *підтверджує певну тенденцію* (слугує доказом того, що правова політика, якої дотримуються судді, розвивається саме у цьому напрямі) та *ілюстративний* (для посилення аргументації рішення).

8. *Фактичний* (має місце тоді, коли суд, фактично використавши зміст попереднього рішення чи його частини, прямо не посилається на нього у рішенні) та *формальний* (у рішенні міститься формальне посилення на прецедент із зазначенням назви справи, дати її прийняття тощо).

9. Прецедент, що *походить із одного рішення*, та прецедент, що *походить із серії рішень*.

Сукупність судових прецедентів утворюють *прецедентне право*. Залежно від галузі права прецеденти можуть бути *конституційно-правовими, адміністративно-правовими, цивільно-правовими* тощо.

Судовий прецедент виступає *обов'язковим джерелом права в англо-американській правовій сім'ї*. У романо-германській правовій сім'ї дискусія стосовно загальнообов'язковості судових рішень розвивається на основі поняття *усталеної судової практики*.

■ § 6. Судова практика

Судова практика – рішення судів у конкретних справах, які містять правові зразки *одноманітного та багаторазового застосування й тлумачення правових норм*.

Судова система, яка функціонує належним чином, є важливою функцією суспільства, що перебуває під владою права, а також необхідною передумовою демократії. Сьогодні суд є інституцією, що здатна вирішити спір навіть у тих сферах суспільного життя, які ще декілька років тому виходили далеко за межі судової юрисдикції. Це зумовлює особливий інтерес до тих усталених правоположень, які виробляються судами при розгляді конкретних справ, стають зразками застосування і тлумачення правових норм, використовуються у подальшому при вирішенні аналогічних спорів.

Текст формальних джерел права не може претендувати на повну вичерпність правового регулювання, оскільки можуть виникати ситуації, які не охоплюються дією чинних правових приписів, але потребують правового упорядкування. До того ж формалізоване право може залишати відповідний автономний простір, сферу свободи, саме суд при виникненні спірної ситуації має визначити конкретне правило, на підставі якого має бути вирішено спір. Часто суд вимушений допов-

нювати закони – займатися *«добудовою» права*, коли при застосуванні норми права з'являються кілька варіантів її тлумачення.

Значення судової практики як джерела права стає особливо помітним при правовому регулюванні відносин, які недостатньо ясно, неповно або суперечливо унормовані на рівні законодавства, а також при застосуванні судами принципів права та норм про права людини та основоположні свободи.

Значенню судової практики для правового регулювання суспільних відносин особливу увагу приділяють *практикуючі* юристи. У своїй діяльності вони виходять із того, що у величезній кількості прийнятих судових актів міститься узагальнений досвід, що дозволяє визначити основні напрями судової практики з того чи іншого питання, динаміку в процесі застосування конкретної норми права, а також її якісні характеристики з точки зору «роботоздатності».¹

Узагальнюючи, можна визначити *основні напрями впливу судової практики*, яка:

1) впливає на формування єдиних правил поведінки в однотипних фактичних ситуаціях, тобто забезпечення єдиної судової практики;

2) усуває ситуацію, коли одні й ті самі категорії справ часом розглядаються судами по-різному;

3) конкретизує положення нормативних актів у випадках, коли їх абстрактність допускає декілька варіантів регулювання;

4) формує одноманітне розуміння правових приписів, які сформульовані нечітко, або тих, які через свою застарілість не відповідають ціннісним орієнтирам суспільства, а тому потребують динамічного тлумачення;

5) заповнює прогалини у правовому регулюванні, а також пропонує моделі поведінки в тих ситуаціях, де законодавець свідомо залишив простір для автономного правового регулювання, але через повторюваність спірних ситуацій, які у зв'язку із цим виникають, є потреба у виробленні усталеної моделі поведінки.

Як правило, судова практика є *формально необов'язковим джерелом права*. Вона може надати переконливе обґрунтування для судового рішення, однак посилення лише на судову практику недостатньо.

¹ Васильєв С. В. Судова практика: поняття, значення і види. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна № 1082. Серія «ПРАВО»*. 2013. Вип. № 16. С. 192.

Воно має бути поєднане з посиланням на відповідний нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір чи інше формально обов'язкове джерело права. Ситуація може бути іншою, якщо *держава прямо вказує на обов'язковість висновків, викладених у відповідних судових актах*.

В Україні судова практика довгий час офіційно не визнавалася джерелом права, проте нижчі судові інстанції завжди намагались слідувати практиці вищих судів при розв'язанні аналогічних справ, оскільки в іншому разі їх рішення можуть бути скасовані в апеляційному чи касаційному порядку. Отже, судова практика вищих судових інстанцій завжди виступала *орієнтиром* як для нижчих судів, так і для інших правозастосовних органів.

У сучасній Україні судова практика на законодавчому рівні набуває *обов'язкового характеру* та стає джерелом права. Так, статтею 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. прямо передбачено, що суди застосовують при розгляді справ практику ЄСПЛ *як джерело права*. Це пов'язано з тим, що зміст і значення приписів Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод великою мірою розкриваються саме у практиці ЄСПЛ, що обумовлює застосування в європейській юриспруденції терміна «право Європейської конвенції» (або «конвенційне право»)¹.

Держави – учасниці Конвенції повинні брати до уваги не лише ті рішення ЄСПЛ, які винесено щодо цієї конкретної держави, але й рішення, винесені відносно третіх країн, оскільки вони можуть навчити їх, як уникнути подібних порушень у майбутньому і відповідним чином змінити власну правову систему і правозастосовну практику. Рішення Суду повинні бути стимулом для держав-учасниць до змін їх законодавства та правозастосовної практики для того, щоб цими державами не порушувалися права людини і щоб у майбутньому відносно них не було винесено рішення у справах, що стосуються тих самих або схожих питань.

Аналіз судових актів свідчить про те, що українські суди іноді звертаються до рішень ЄСПЛ як до джерела права, у тому числі у випадках, коли виникає необхідність відмовитися від застосування за-

¹ Law of the European Convention on Human Rights / D. J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick. 3-d ed-n. Oxford : Oxford University Press, 2014. 1080 p.

конодавчого припису, який суперечить міжнародним зобов'язанням України у сфері забезпечення прав людини¹.

Так, наприклад, в одній зі справ чоловік звернувся до суду із вимогою визнати дії Державної прикордонної служби України (ДПС України) протиправними. Позивач працював за контрактом у ДПС України на посаді старшого офіцера. З 13 жовтня 2014 р. по 28 вересня 2015 р. він перебував у відпустці по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку. 24 вересня 2015 р. він звернувся із заявою про надання йому відпустки до досягнення дитиною шести років у зв'язку із тим, що дитина потребує догляду за станом здоров'я. Відповідач відмовив у наданні такої відпустки, посилаючись на Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», який гарантує право скористатися такою відпусткою тільки військовослужбовцям-жінкам (у чинній редакції Закону ця норма зберігається).

Суд задовольнив позов, посилаючись на рішення ЄСПЛ у справі «К. Маркін проти Російської Федерації», в якому, серед іншого, зазначено, що «гендерні стереотипи, які диктують сприйняття жінки як особи, яка здебільшого піклується про дітей, а чоловіка як годувальника, самі по собі не можуть становити достатнє виправдання різниці у поводженні, також як і інші стереотипи, пов'язані з расою, походженням, кольором шкіри або сексуальною орієнтацією». Суд також посилався на принцип рівності жінок і чоловіків, закріплений у Конституції України. Це дозволило суду обґрунтувати висновок, що припис Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» суперечить міжнародним актам і Конституції України, а тому не повинен застосовуватися².

Статус джерела права в Україні визнається за рішеннями Верховного Суду, адже ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. передбачає, що висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Згідно з цим висновки щодо застосування норм права, викладені у по-

¹ Юдківська Г. Ю. Еволюція ролі Європейського суду на шляху до процедуралізації фундаментальних прав. *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 7. С. 19–22.

² URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52810098>.

станових Верховного Суду, мають враховуватися іншими судами при застосуванні таких норм права.

Статус джерела права в Україні також має визнаватися за рішеннями КСУ. При цьому слід розрізняти рішення КСУ *про неконституційність повністю або в окремій частині певного нормативно-правового акта і рішення щодо офіційного тлумачення*. Рішення про скасування закону чи іншого нормативно-правового акта (окремого положення) має вищу юридичну силу стосовно скасованого акта. Таке рішення є обов'язковим до виконання і остаточним. Воно не потребує видання додаткових правових актів органами законодавчої і виконавчої влади; має загальнообов'язковий, нормативний характер і призводить до зміни правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин. Рішення про визнання неконституційними правових актів у літературі здобули характеристику *негативної правотворчості*.

Щодо рішень КСУ про офіційне тлумачення, то вони охоплюються поняттям судової практики як рішень судів у конкретних справах, які містять правові зразки одноманітного та багаторазового застосування та тлумачення правових норм. Так, наприклад, КСУ в рішенні від 16 квітня 2009 р. у справі за конституційним поданням Харківської міської ради щодо офіційного тлумачення положень частини другої ст. 19, ст. 144 Конституції України, ст. 25, частини чотирнадцятої ст. 46, частин першої, десятої ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» (справа про скасування актів органів місцевого самоврядування), у мотивувальній частині зазначено, що ненормативні правові акти органу місцевого самоврядування є актами одноразового застосування, вичерпують свою дію фактом їхнього виконання, тому вони не можуть бути скасовані чи змінені органом місцевого самоврядування після їх виконання. Вказана правова позиція набула статусу джерела права, на яке можна посилитися не тільки в аспекті актів органів місцевого самоврядування, але й щодо актів будь-якого суб'єкту публічної влади¹.

¹ Цей висновок підтверджують і численні рішення судових інстанцій України, які базуються на наведеному висновку КСУ (див., наприклад, ухвалу Вищого адміністративного суду України від 27 жовтня 2015 р. у справі К/800/42228/15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52952886>, ухвалу Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 лютого 2016 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56517555> та ін.).

Отже, сьогодні в Україні *статус судової практики як обов'язкового джерела права* мають висновки, зроблені в конкретних справах ЄСПЛ, Верховним Судом у рішеннях щодо неоднакового застосування норм матеріального і процесуального права, а також рішення КСУ щодо офіційного тлумачення. Рішення інших судових інстанцій, які містять правові зразки одноманітного та багаторазового застосування та тлумачення правових норм, можуть також набувати статусу джерела права, але *не обов'язкового, а переконливого (авторитетного)*.

■ § 7. Правова доктрина

Термін «доктрина» має латинські витоки, походить від слів «*doctrine*» (вчення, процес навчання та дослідження) і «*docere*» (навчати, давати вказівки, переконувати на підставі складних раціональних аргументів). Як синоніми до цього терміна часто застосовуються такі: «наукова теорія», «філософське вчення», «сукупність концепцій», «ідеологічні положення» та ін.

Правова доктрина почала активно використовуватись як джерело права в Давньому Римі. Вона істотно вплинула на становлення романо-германського та англосаксонського права і сьогодні зберігає своє значення у цих правових сім'ях як *переконливе (авторитетне) джерело права*.

У ХХ ст. в Європі набула поширення практика формування доктрини вищими судовими інстанціями (передусім конституційними і верховними судами), що дало можливість поєднати фундаментальне теоретичне знання і значний практичний юридичний досвід. Завдяки доктрині здійснюються критичний аналіз права, виявлення та визначення шляхів подолання колізій і прогалін у праві.

Особливостями правової доктрини є такі ознаки: містить загальноновизнані концептуальні ідеї та теорії; положення правової доктрини мають практичне значення; базується на авторитеті вчених-правознавців; тісний зв'язок з культурно-історичним корінням; переконливий характер.

Зовнішнього вияву правова доктрина набуває в *наукових працях* авторитетних вчених-правознавців (насамперед у статтях, монографіях,

підручниках), а також у *коментарях до нормативно-правових актів* (перш за все кодексів, законів), проектах нормативно-правових актів та судових рішень, аналітичних доповідях. На правовій доктрині базуються експертно-аналітична діяльність юристів, ті поняття й конструкції, що ними використовуються.

Для того, щоб набути доктринального статусу, наукові праці мають бути глибокими, сутнісними та практично значущими, прогнозувати розвиток права або його окремих елементів, враховувати специфіку розвитку соціальних відносин всередині конкретних правових систем. Наступна вимога – будь-які ідеї, концепції, теорії повинні отримати визнання та пройти перевірку часом. Отже, ще однією важливою умовою для набуття науковими працями якості правової доктрини є її утвердження протягом тривалого часу, набуття *сталості*.

У *романо-германській правовій сім'ї* правова доктрина не отримала прямого визнання як основне джерело права. При цьому вона використовується як додаткове джерело та основа інтерпретаційної діяльності, впливає на нормотворчу та правозастосовну діяльність, формує моделі правового регулювання, виконує роль ідеологічного орієнтиру. До того ж зберігається уявлення щодо значущості університетських наукових шкіл і юридичної науки для функціонування правової системи.

Для *англо-американської правової сім'ї* характерне застосування правової доктрини як одного з джерел права, особливо на рівні правосуддя. Поширеним є безпосереднє її застосування суддями при прийнятті та аргументації рішень, посилення на праці відомих правознавців. Крім того, правова доктрина впливає на інші види юридичної діяльності та формування загального права. Особливістю її застосування є персоніфікований характер елементів доктрини, що пов'язано зі зверненням до надбань найбільш відомих і впливових юристів, твори яких стали основоположними для англо-американського права.

У *релігійній правовій сім'ї* правова доктрина може займати провідне місце серед інших джерел права. Це пояснюється опорою правових систем, заснованих на ісламі, іудаїзмі, індуїзмі та інших релігіях, на канонічні тексти, більшість яких не містять достатньої для регулювання кількості правових норм і не оновлюються відповідно до розвитку суспільства. Тому праці видатних мислителів і висновки

провідних шкіл суттєво доповнюють право. Специфіка деяких правових систем, які належать до релігійної правової сім'ї, передбачає, що законодавці, судді, правоохоронці, тощо не можуть брати на себе тлумачення основних (священних) релігійних текстів або безпосередньо звертатися до них. При цьому вони можуть посилатися на вторинні тексти – спільні думки осіб, які мають право трактування, чи праці авторитетних юристів.

Традиційна правова сім'я спирається на правову доктрину тією мірою, якою вона не суперечить локальним або загальним звичаям. Доктрина може також застосовуватися для вирішення колізій та заповнення прогалін у праві за відсутності звичаїв або інших джерел. Особливістю правових систем, що входять до традиційної правової сім'ї, є давнє походження панівної доктрини та укорінення її у свідомості осіб, а також часткове запозичення деяких релігійних і правових концепцій з інших систем.

Правова доктрина має значення для:

1) *інтерпретаційної діяльності*. Доктрина забезпечує тлумачення права, у тому числі сутнісне, таке, що відповідає «духу закону». Безпосереднє її використання втілене у такому виді тлумачення, як доктринальне (або наукове). Вона застосовується не лише для встановлення змісту правових норм і принципів, але й для обґрунтування актів тлумачення. Аргументація правових рішень також ґрунтується на інтерпретаційній діяльності та використанні доктринальних положень;

2) *нормотворчої діяльності*. Доктрина має вагоме значення на всіх етапах нормотворчого процесу та є методологічним підґрунтям для нього. Її вплив виявляється у виробленні наукових положень, які включаються до текстів нормативно-правових актів, оцінці законопроектів, формуванні юридичної термінології та юридичної техніки, наданні пропозицій щодо методів та способів правового регулювання, критеріїв якості нормативних актів та процесу їх прийняття, визначенні тенденцій розвитку законодавства та пріоритетних напрямків регулювання;

3) *правореалізації та правозастосування*. Звернення до доктрини розповсюджене у всіх сферах юридичної практики, однак найбільше вона виявляється через заповнення прогалін у праві та усунення суперечностей між нормами права й неоднозначністю практики їх за-

стосування. Юридичне мислення спирається на доктрину, що опосередковано впливає на застосування права. Безпосередньо при відправленні правосуддя доктрина застосовується для винесення та обґрунтування рішень, надання висновків запрошеними вченими-правознавцями, при зверненні суддів до науково-практичних коментарів законодавчих актів;

4) *правосвідомості та правової культури*. Завдяки доктрині певні концепції та принципи утверджуються у свідомості професійних юристів та свідомості інших осіб. Доктрина тісно пов'язана з культурними особливостями соціуму, відображає особливості його історичного розвитку та стає частиною правової культури;

5) *ціннісно-ідеологічної сфери*. Правова доктрина надає ідеальний образ права і його окремих елементів, що впливає на розвиток правових систем, дозволяє мати орієнтири для такого розвитку, у тому числі спільні для групи систем. Також вона сприяє легітимації доктринальних положень через включення їх до індивідуальних систем цінностей осіб у соціумі.

Як джерело права *правова доктрина застосовується і в національному, і в міжнародному праві*. Зокрема, ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН передбачено можливість її безпосереднього використання. Визначається, що суд зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права та при цьому застосовує «...судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм»¹. Крім того, доктрина знаходить свій вияв у окремих думках суддів міжнародних судів, експертних висновках і доповідях міжнародних організацій.

В *європейському праві* переважає формування правової доктрини вищими судовими інстанціями. Так, Суд Європейського Союзу (Суд Справедливості), який суттєво впливає на тлумачення актів ЄС і відповідність їм рішень усіх інституцій, посилається на наукові доробки авторитетних фахівців і правових шкіл. ЄСПЛ, який впливає не лише на правові системи держав – членів ЄС, а й інших держав, у своїх рі-

¹ Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду ООН : від 25 черв. 1945 р., набрав чинності 24 жовт. 1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010.

шеннях посиляється як на національні, так і на загальні правові доктрини персоніфікованого й неперсоніфікованого характеру.

У *правовій системі України* важливим суб'єктом формування правової доктрини є КСУ, який викладає власне розуміння духу Основного Закону та поточного законодавства. Внаслідок загальнообов'язкового характеру рішень органу конституційної юрисдикції підсилюються доктринальні положення, закріплені у правових позиціях суду. У той же час КСУ спирається на думки визнаних учених-юристів, висновки провідних юридичних наукових установ та навчальних закладів у своїх рішеннях.

У правових системах сучасності великого значення набувають цілісні систематизовані доктрини, які склалися внаслідок багаторічної академічної і практичної діяльності правників. Суди та інші суб'єкти правозастосування безпосередньо спираються на такі доктрини. До них належать, наприклад, доктрина обов'язковості додержання прецеденту, доктрина верховенства парламенту та доктрина «політичного питання», які широко використовуються в англо-американській правовій сім'ї. Правова доктрина або її елементи можуть отримати й загальновизнаний характер. Наприклад, універсальними вважаються *доктрини прав людини, верховенства права, поділу влади та демократії*.

Отже, правова доктрина є джерелом права, що має *авторитетний та переконливий характер*, ґрунтується на думках учених-юристів, надбаннях юридичної науки. Правова доктрина *впливає на всі інші джерела права*, виступає як теоретична основа для їх узгодження, поєднує наукові доробки з юридичною практикою. Застосування доктрини сприяє обміну ідеями, посиленню позицій судових установ, вдосконаленню тлумачення права та гармонізації процесів нормотворчості, зближенню правових систем і функціонуванню єдиного науково-освітнього простору.

Завдання

1. Назвіть, які переваги та недоліки має кожне з джерел права.
2. Охарактеризуйте основні фактори, які визначають систему джерел права України.

3. Наведіть приклад відносин, урегульованих нормативно-правовим договором. Чи могли б вони бути врегульовані іншим джерелом права (нормативно-правовим актом, судовим прецедентом)? Поясніть свою відповідь.
4. Чи може правова доктрина бути первинним і обов'язковим джерелом права? Якщо так, то за яких умов?
5. Аргументуйте відмінності між судовим прецедентом та судовою практикою як джерелами права.
6. Наведіть приклади правових звичаїв та звичаїв, що не мають правового характеру.

Рекомендована література

1. Богачова Л. Л. Джерела європейського та національного права. *Державне будівництво та місцеве самоврядування* : зб. наук. пр. Харків, 2012. Вип. 24. С. 17–26.
2. Дашковська О. Р. Судовий прецедент і судова практика як джерела права. *Вісник Академії правових наук України* : зб. наук. пр. 2011. № 1 (64). С. 34–41.
3. Договір як універсальна правова конструкція : монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Харків : Право, 2012. 432 с.
4. Євграфова Є. Доктрина у правовій науці юридичній практиці. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2. С. 52–62. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/varpu_2013_2_9.
5. Кросс Руперт. Прецедент в англійском праві : пер. с англ. Москва : Юрид. лит., 1985. 239 с.
6. Оніщенко О. С. Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І. Б. Усенка ; Нац. акад. наук України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ : Наук. думка, 2006. 280 с.
7. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. Київ : Юрид. думка, 2008. 336 с.
8. Семеніхін І. В. Правова доктрина: загальнотеоретичний аналіз / наук. ред. О. В. Петришин. Харків : Юрайт, 2012. 88 с.
9. Соловйов О. В. Міжнародні договори та міжнародно-судова практика їх застосування як джерела національного права (за матеріалами застосування в Україні Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького суду) : монографія / голов. ред. П. М. Рабінович ; Нац. акад. прав.

- наук України, Наук.-дослід. ін-т держ. буд-ва та місц. самоврядування. Київ : АОК, 2012. 164 с.
10. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні : монографія. Київ : Реферат, 2007. 640 с.
 11. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії і практики : монографія. Харків : Право, 2012. 456 с.