

**Є. Самойленко,**  
науковий керівник – канд. юрид. наук, доц. **В.М. Завгородня,**  
Українська академія банківської справи НБУ

## **РОЗШИРЕННЯ КОЛА ДЖЕРЕЛ ПРАВА УКРАЇНИ: РОЗМИВАННЯ ОСНОВ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ ЧИ ШЛЯХ ДО ЇЇ ВДОСКОНАЛЕННЯ**

Під джерелами права у формальному аспекті прийнято розуміти зовнішнє вираження юридичних правил поведінки, спосіб об'єктивування правових норм. У теорії права виділяють декілька різновидів джерел права: нормативно-правовий акт, нормативний договір, правовий звичай, правову доктрину, юридичний прецедент. Крім того, для деяких правових систем характерними джерелами є релігійні тексти, а також загальні принципи, на яких ґрунтується право.

В Україні серед джерел права основну роль відіграють закони та підзаконні акти. Це відображає прагнення до найбільш повного регулювання важливих сфер життєдіяльності суспільства. Однак реальне функціонування суспільних відносин досить часто виявляє недоліки, допущені законодавцем: неоднозначність чи суперечливість положень правових актів, наявність так званих “мертвих” норм та прогалин. Ці проблеми пояснюються відсутністю джерел права, здатних врахувати потреби практики, удосконалити абстрактне законодавче регулювання. Такими джерелами можуть виступити судовий прецедент, правовий звичай та доктрина. Питанням запровадження в Україні цих дещо незвичних для вітчизняного юриста джерел займалася значна кількість науковців, зокрема, О. Безух, О. Первомайський, С. Погребняк, А. Селіванов, В. Тихий, С. Шевчук та інші. Проте в роботах названих вчених, як правило, розглядаються перспективи впровадження окремих джерел і стосовно конкретної галузі права чи навіть для потреб вирішення конкретної проблеми. На нашу думку, питання розширення кола джерел вітчизняного права потребує загальнотеоретичної постановки та комплексного і системного дослідження.

Судовий прецедент – це обґрунтування рішення суду з конкретної справи, яке є обов'язковим правилом для застосування судами при вирішенні аналогічних справ. Звичайне судове рішення та судовий прецедент мають різні аспекти формального закріплення. Для першого – це резолютивна частина акта суду (стосується сторін по справі), для останнього – мотивувальна частина того ж акта, що містить принцип, згідно з яким слід вирішувати аналогічні справи [9, с. 36]. Цим пояснюється ефективність прецеденту. Як джерело права судовий прецедент найбільш поширений в країнах англо-американської правової сім'ї [6, с. 105]. Він складається з двох частин: *ratio decidendi* та *obiter dictum* [7, с. 320]. *Ratio decidendi* міститься у мотивувальній частині. Вона фіксує правову основу, що має силу закону, і повинна застосовуватися при вирішенні всіх наступних справ. *Obiter dictum* має додатковий, але необов'язковий характер.

У романо-германській правовій сім'ї судовий прецедент не визнається лише офіційно [7, с. 140]. Однак відзначається зближення загального і континентального права через поступове ослаблення пріоритету закону, а судова практика стає самостійним джерелом права (у формі судових рішень) [14, с. 111]. Абсолютний суверенітет закону в країнах романо-германської правової сім'ї є фікцією, бо він має сенс лише у єдності з іншими джерелами [8, с. 20]. Визнання прецеденту джерелом права в Україні викликано потребами практики. На нашу думку, їх мають творити Верховний Суд України ("гнучкі" прецеденти) та Конституційний Суд України ("жорсткі" прецеденти) у разі наявності прогалин у нормативно-правових актах та при виникненні колізій щодо їх застосування. Слід також погодитися із твердженням, що за своєю правовою природою роз'яснення з питань судової практики Верховного Суду України носять лише загальний характер і не можуть мати сили прецеденту [11, с. 51]. Лише мотивація суду при вирішенні конкретної справи може зробити рішення по ній прецедентом [15, с. 47]. Тому із запровадженням прецеденту дану практику, на нашу думку, доречно скасувати.

Офіційне тлумачення, що надається Конституційним Судом, також важко назвати прецедентом, бо обов'язковою є резолютивна частина судового рішення [15, с. 47]. Оскільки згідно зі ст. 69 Закону "Про Конституційний Суд України" рішення і висновки КСУ однаково є обов'язковими до виконання, то він повинен дотримуватись власних актів, а отже – і прецедентів [13, с. 64].

Правовий звичай – це історично обумовлене неписане правило поведінки людей, яке стало звичною в силу багаторазового його застосування протягом тривалого часу [5, с. 24-25]. Багато уваги приділяється звичаю в країнах романо-германської правової сім'ї. Тут він не є основним елементом права, але дозволяє знайти справедливе рішення. На нашу думку, досконалою є здійснена Р. Давидом класифікація звичаю, зважаючи на їх універсальність та практичне значення. Він поділяє їх на: 1) звичаї *secundum legem* (в доповнення до закону), існування яких пояснюється тим, що закон у деяких випадках для свого розуміння потребує доповнення звичаєм; 2) звичаї *praeter legem* (крім закону), сфера застосування яких звичаїв обмежена вищою юридичною силою закону; 3) звичаї *adversus legem* (проти закону) мало поширені, оскільки суди намагаються не виступати проти законодавчої влади [7, с. 128-129].

Звичай здобув загальне визнання в Україні з прийняттям нового Цивільного кодексу. Це правило поведінки, яке не встановлено актами цивільного законодавства, але існує в певній сфері цивільних відносин. Звичай, який суперечить договору чи законодавчому акту, в цивільних відносинах не застосовується. Тобто законодавець негативно ставиться до звичаїв типу *adversus legem*. Це легко пояснити, бо в іншому разі буде порушений конституційний принцип верховенства права [1]. До того ж, можна стверджувати, що правовими нормами фактично дозволяється застосовувати на практиці звичаї *secundum legem* та *praeter legem*.

Під правовою доктриною в юридичній літературі розуміється сукупність наукових знань про певне правове явище [16, с. 275]. Доктрина як джерело права поширена і в англо-американській, і в романо-германській сім'ї. Доктрина на континенті зараз, як і в минулому, складає важливе джерело права. Вона чинить значний вплив на самого законодавця, який виражає погляди та пропозиції, закріплені в доктрині. Стосовно створення закону доктрина є похідним джерелом права, але при застосуванні нормативного акта відіграє основну роль. Формами її вираження є постатейні коментарі (Німеччина, Швейцарія), курси чи систематизовані посібники (Франція) [7, с.142-145].

Особливістю англо-американської правої сім'ї є виділення серед джерел права не лише доктрини, а й тісно пов'язаного з нею розуму. Незначна кількість авторів (переважно судді) може претендувати на те, щоб їх роботи були визнані джерелом права [10, с. 33]. Розум розглядається як виважене й доцільне вирішення спору, коли по даному питанню немає ні прецеденту, ні норми, ні звичаю. Тоді використовується доктрина, а також, переважно в Англії, супутні висловлювання суддів про право (*obiter dictum*) [7, с. 328-329].

Таким чином, ми вважаємо, що доктрину доцільно визнати джерелом права в Україні. Однак, лише помірне доповнення нею закону і прецеденту забезпечить належне правове регулювання в Україні. Творцями доктрини мають стати члени Академії правових наук України. Для її запровадження як нового джерела права, на наше переконання, слід використати ті інструменти та важелі, що вже створені законодавцем. Так, правові підстави введення спеціалізованої правової судової експертизи визначені законом України "Про судову експертизу" [12, с. 22-23]. Тому доктрину доречно розглядати як результат правової експертизи у формі висновку цих вчених.

### Список літератури

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.
3. Про Конституційний Суд України: Закон України від 11 жовтня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49. – Ст. 272.
4. Про судову експертизу: Закон України від 25 лютого 1994 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 28. – Ст. 232.
5. Безух О. Правові підстави застосування звичаїв при здійсненні захисту від недобросовісної конкуренції // Підприємництво, господарство, право. – 2003. – № 3. – С. 24-27.
6. Богдановская И.Ю. Закон в английском праве. – М.: Наука, 1987. – 141 с.
7. Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.
8. Корчевна Л. Українське право і романо-германська традиція // Право України. – 2004. – № 5. – С. 19-22.
9. Первомайський О. До питання про джерела цивільного права // Право України. – 2001. – № 2. – С. 34-37.

10. Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в англо-американському праві // Вісник Академії правових наук України. – 2004. – № 2. – С. 24-34.
11. Рарог А.И. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. – 2001. – № 2. – С. 51-57.
12. Селіванов А. Проблеми запровадження у судовому процесі правової експертизи як умови досягнення об'єктивного і обґрунтованого судового рішення // Підприємництво, господарство, право. – 2002. – № 7. – С. 22-23.
13. Тихий В. Правотлумачення Конституційним судом України та правова природа його рішень // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – № 1. – С. 62-71.
14. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х т. – Т. 1. Основы: Пер. с нем. – М.: Международные отношения, 2000. – 480 с.
15. Шевчук С. Щодо обов'язковості рішень Конституційного Суду України у контексті доктрини судового прецеденту // Право України. – 2002. – № 2. – С. 45-48.
16. Юридична енциклопедія: В 6 т. Т. 2. – К.: “Укр. енцикл.”, 1998. – 741 с.

Самойленко, Є.А. Розширення кола джерел права України: розмивання основ правової системи чи шлях до її вдосконалення [Текст] / Є.А. Самойленко ; наук. кер. В.М. Завгородня // Проблеми і перспективи розвитку банківської системи України: погляд у майбутнє : збірник тез доповідей за матеріалами Восьмої науково-практичної конференції студентів (18-22 квітня 2005 р.) та Дев'ятої науково-практичної конференції студентів (27 квітня 2006 р.). – Суми : УАБС НБУ, 2006. - С. 110-114.