

## ОКРЕМІ ПІДСТАВИ ДЛЯ ВИЗНАННЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ДЖЕРЕЛОМ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА

### CERTAIN GROUNDS FOR RECOGNITION OF JUDICIAL PRACTICE AS A SOURCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Грамацький Е.М.,

кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри цивільного права  
юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті проаналізовані теоретичні та практичні аспекти судової практики як джерела міжнародного приватного права. Розглядаються загальнотеоретичні та галузеві підходи щодо поняття судової практики як джерела права. Визначені основні позиції вчених щодо ролі, місця та значення судової практики як джерела міжнародного приватного права. Підкреслюється, що механізм правового регулювання будь-якої галузі права характеризується наявністю окремих дефектів, які так чи інакше ускладнюють регулювання правовідносин, до яких насамперед слід віднести прогалини у правовому регулюванні, колізії тощо. Незважаючи на те, що вищезазначені недоліки механізму правового регулювання мають різні причини виникнення, на сьогодні їхня кількість залишається значною у більшості галузей національної системи права України, у тому числі і у міжнародному приватному праві, що підкреслює значення ролі судової практики як джерела цієї галузі права. Попри доволі значний науковий доробок у сфері аналізу системи джерел міжнародного приватного права, вивчення їх подвійної правової природи, наукою, на жаль, не розроблено загального підходу щодо місця та значення судової практики як джерела міжнародного приватного права в умовах сьогодення. На нашу думку, в умовах активного розвитку економічних та зокрема торговельних відносин, підвищення ролі та значення діяльності міжнародних судових установ та визнання їхньої практики джерелом окремих національних систем права, дослідження значення судової практики як джерела міжнародного приватного права є актуальним і потребує детального вивчення. Узагальнення наукових позицій дає можливість зробити висновок, що за загальним правилом судова практика у країнах романо-германської правової системи не є джерелом міжнародного приватного права, однак її значення при здійсненні тлумачення правових норм та у правозастосуванні важко перебільшити. Особлива увагу звертається на місце практики міжнародних судових установ у системі джерел міжнародного приватного права, аналізується практика Європейського суду з прав людини та відповідні норми національного законодавства України. Досліджено окремі рішення Європейського суду з прав людини, які впливають на механізм регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

**Ключові слова:** джерела права, судова практика, судовий прецедент, джерела міжнародного приватного права, судова практика як джерело міжнародного приватного права.

Nowadays the processes of democratization, liberalization, integration of Ukraine into European and world space take place. The rapprochement of Ukraine with the European community, which has taken place in recent years, affects the sphere of private legal relations, which are complicated by a foreign element – the legal relations that make up the subject to international private law. Having analyzed current doctrine of private international law, we can conclude that nowadays researchers are paying more attention to the sources of private international law and its system. Qualitative changes in legal relations which are the subject to private international law, the transition to other conceptual approaches of law enforcement and legal qualification, accumulation of an extremely voluminous regulatory array, codification of the norms of certain institutes of private international law confirm the relevance of a detailed analysis and study of judicial practice as a source of private international law. Theoretical and practical aspects of judicial practice as a source of private international law are analyzed. General approaches to the concept of judicial practice as a source of law are considered. The main approaches and positions of scientists on the role, place and importance of the judicial practice as a source of private international law are identified. It is emphasized that the mechanism of legal regulation of any branch of law is characterized by the presence of certain defects, which in one way or another complicate the regulation of legal relationships, which include, first of all, gaps in legal regulation, conflicts, etc. That is the reason why the analysis of judicial practice as a source of private international law is considerable issue. Particular attention is paid to the place of practice of international judicial institutions in the system of sources of private international law, including practice of the European Court of Human Rights. Certain judgements of the European Court of Human Rights and the relevant rules of national law that influence the mechanism of regulation of private legal relations complicated by a foreign element are investigated.

**Key words:** sources of law, judicial practice, judicial precedent, sources of private international law, judicial practice as a source of private international law.

**Постановка проблеми.** Сьогодні трансформаційні та глобалізаційні процеси, що мають місце у світі, впливають на механізм правового регулювання усіх галузей національної системи права України. Міжнародне приватне право, безперечно, винятком не є. У зв'язку з цим вищенаведені зміни призводять до актуалізації окремих аспектів загальної частини міжнародного приватного права, що

змушує представників доктрини цієї галузі права по-новому аналізувати питання, пов'язані з функціями, принципами, системою та основами правозастосування у міжнародному приватному праві.

На нашу думку, на особливу увагу заслуговують питання, пов'язані з системою джерел міжнародного приватного права, місцем та значенням окремих видів джерел у механізмі правового регулювання

приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом.

Зазначимо, що трансформація системи джерел міжнародного приватного права певною мірою є об'єктивним явищем: ратифікація значної частини міжнародних договорів, предметом регулювання яких є міжнародні приватноправові відносини, підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 27 червня 2014 р., зближення України з Європейським співтовариством та, як наслідок, підвищення впливу на правову систему України *jus commune europe*.

У той же час неабияке значення для структурних змін у системі джерел міжнародного приватного права має визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом права України та реформа процесуального законодавства України 2017 р. Враховуючи вищенаведене, вважаємо за необхідне звернути увагу на окремі проблеми визначення місця судової практики у системі джерел міжнародного приватного права.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Зазначимо, що аналізом та вивченням як системи джерел міжнародного приватного права у цілому, так і окремих джерел цієї галузі права займалися такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як В.І. Кисіль, А.С. Довгерт, Р.А. Майданик, Л.А. Лунц, В.В. Луць, В.В. Балдинюк, В.Л. Чубарев, М.М. Богуславський, І.В. Мироненко, С.Г. Кузьменко, О.М. Васильев, Ф. Ландольт, М. Вольф, Л. Лене, М. Лаббе, І. Лусуарн, У. Магнус, А. Батіфоль, П. Лагард, Дж. Сторі та ін.

Однак слід звернути увагу на те, що попри доволі значний науковий доробок у сфері аналізу системи джерел міжнародного приватного права, вивчення їх подвійної правової природи, наукою, на жаль, не розроблено загального підходу щодо місця та значення судової практики як джерела міжнародного приватного права в умовах сьогодення. На нашу думку, в умовах активного розвитку економічних та зокрема торговельних відносин, підвищення ролі та значення діяльності міжнародних судових установ та визнання їхньої практики джерелом окремих національних систем права, дослідження значення судової практики як джерела міжнародного приватного права є актуальним та потребує детального вивчення.

Отже, **метою** цієї статті є висвітлення й аналіз окремих проблем визнання судової практики джерелом міжнародного приватного права.

**Виклад основного матеріалу.** Перш ніж розпочати аналіз підходів щодо місця та значення судової практики у системі джерел міжнародного приватного права, на нашу думку, варто розпочати з визначення загальнотеоретичних та галузевих підходів щодо поняття джерела права взагалі.

Так, під джерелом права розуміють вираження права, яке слугує певним інструментарієм для пізнання юридичних норм. Звичайно, перелік підходів до розуміння поняття джерела права складно вважати вичерпним. Така багатозначність цього поняття, безперечно, викликає певні труднощі в узагальненні правової доктрини.

Досліджуючи питання визначення поняття джерела права, можна віднайти декілька точок зору. По-перше, джерело права розуміють як спосіб вираження правових норм, форму закріплення правових норм в певних актах законодавства. По-друге, джерела права – це публічно встановлені державною волею правила поведінки для суспільства, тобто офіційно прийняті акти законодавства, що встановлені для врегулювання відносин між різними політичними і соціальними інститутами та розраховані на багаторазове використання.

Так, на думку В.В. Лазарева, джерелом права слід визнавати форму вираження державної влади, спрямованої на забезпечення визнання існування права, його формування, зміни чи констатації факту припинення дії права відповідного змісту. Саме до джерел позитивного (державного) права науковець відносить судовий прецедент, який за своєю суттю є опосередкованим виразом волі законотворця, котрий наділив судову гілку влади компетенцією приймати рішення у конкретних справах, які є обов'язковими при вирішенні аналогічних категорій справ [1, с. 212].

Цікавою є позиція відомого російського вченого Г.Ф. Шершеневича, який скептично ставився до вживання у науковій літературі поняття «джерело права», оскільки останнє, враховуючи свою багатозначність, є малопридатним до використання. Так, на думку Г.Ф. Шершеневича, джерела права – це різноманітні форми вираження права: як сили, які створюють право, так і вихідні дані, на яких базується відповідне законодавство. Окрім цього, можна приділити увагу також історичним пам'яткам права, які були головними юридичними інструментами вирішення соціальних проблем минулих століть [2, с. 243].

Л.О. Морозова зазначає, що поняття джерела права являє собою систему факторів, що зумовлюють зміст права і форми його виразу. Враховуючи те, що джерело права певною мірою є критерієм правотворення, джерелом права слід визнавати не лише форму зовнішнього вираження правових норм, а й соціальні фактори та явища, які є підставою для «зародження» правових норм [3, с. 188].

Вважаємо за необхідне розпочати з аналізу позицій представників доктрини міжнародного приватного права щодо ролі, місця та значення судової практики у системі джерел міжнародного приватного права.

Немає однакових підходів щодо визначення місця та значення судової практики як джерела міжнародного приватного права. Перш ніж вдатися до аналізу підходів окремих представників доктрини міжнародного приватного права, вважаємо за потрібне зробити уточнення.

Так, якщо представники науки теорії права, аналізуючи систему джерел права, як правило, обмежуються виокремленням судового прецеденту як особливого виду джерел права, аналіз досліджень у сфері міжнародного приватного права дає можливість зробити висновок про те, що має місце чітке розмежування поняття судової практики та судового прецеденту.

Погоджуємося з позицією В.І. Кисіля, А.С. Довгерта, які вважають, що під судовою практикою слід розуміти засновану на нормах закону діяльність уповноважених органів державної влади, спрямовану на здійснення правозастосування та правотлумачення. Результатом вищезазначеної діяльності є зумовлена потребами практичного застосування правових норм систематизована сукупність підходів для вирішення питань, що виникають при застосуванні норм матеріального та / або процесуального права [4, с. 106–107].

В.І. Кисіль, А.С. Довгерт, аналізуючи поняття судового прецеденту, зазначають, що ним є рішення суду, ухвалене за результатами розгляду конкретної справи, яке у своїй структурі містить визначальні правові висновки та положення, що мають характер норми права та підлягають обов'язковому застосуванню судами того ж або нижчого рівня, якщо ці суди розглядають аналогічну справу.

Науковці підкреслюють, що роль судового прецеденту як джерела міжнародного приватного права є доволі значною: судовий прецедент поширений не лише у країнах англосаксонської правової системи, а й в тих державах, де процес створення власних міжнародних приватноправових норм відбувається дуже повільно (до цієї групи держав насамперед слід віднести Нідерланди та Ізраїль).

М.М. Богуславський, досліджуючи подвійну правову природу джерел міжнародного приватного права, звертає увагу на те, що судова практика належить до внутрішніх (національних) джерел цієї галузі права. У той же час вчений підкреслює, що поділ джерел міжнародного приватного права на міжнародні та внутрішні (національні) не означає можливості поділу міжнародного приватного права як галузі права на дві частини та не свідчить про пріоритетність окремих джерел [5, с. 65–66].

Узагальнення наукових позицій М.М. Богуславського дає можливість зробити висновок, що за загальним правилом судова практика у країнах романо-германської правової системи не є джерелом міжнародного приватного права, однак її значення при здійсненні тлумачення правових норм та правозастосування важко перебільшити.

Вважаємо за необхідне звернути також увагу на позицію, сформульовану М.М. Богуславським, щодо місця судової практики у системі джерел країн романо-германської правової системи. Так, незважаючи на загальноприйнятий підхід щодо невизнання судової практики джерелом права у країнах романо-германської правової системи, важливо підкреслити, що в окремих правопорядках судова практика не лише використовується у випадку наявності законодавчої прогалини, а й застосовується при вирішенні практичних проблем правозастосування та правової кваліфікації у міжнародному приватному праві, що прямо передбачено на нормативному рівні (Франція, Німеччина, Японія).

Л.П. Ануфрієва обґрунтовано доводить, що судова практика у розумінні роз'яснень, що надаються вищими судовими установами держави, прикладом

яких можна вважати постанови Пленуму Верховного Суду України тощо, є лише правозастосуванням, тобто правовим наслідком здійснення тлумачення правової норми. У зв'язку з цим вчена вважає, що судова практика не може вважатися джерелом міжнародного приватного права, адже воно (джерело права) повинно бути результатом правотворчості, а не результатом правозастосування [6, с. 164].

Звернемо увагу, що окремі дослідники взагалі заперечують визнання судової практики джерелом міжнародного приватного права. Так, на думку Г.К. Дмитрієвої, у країнах романо-германської правової системи судова практика не є формально-юридичним джерелом права. Отже, вона не може вважатися і джерелом міжнародного приватного права. Однак, вчена зазначає, що невизнання судової практики джерелом міжнародного приватного права не впливає на значення судової практики при вирішенні окремих проблем правозастосування та професійного правотлумачення, що має неабиякий вплив на формування підґрунтя для прийняття нових правових норм, у т. ч. у сфері міжнародного приватного права [7, с. 98–99].

На окрему увагу заслуговує позиція Г.К. Дмитрієвої, висловлена щодо ролі та значення судової практики при вирішенні питання конфлікту кваліфікації. Так, при застосуванні підходу *lex causae*, внаслідок чого суд застосовує норми іноземного права для уникнення конфлікту кваліфікації, правильне врегулювання відповідних приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом, може мати місце лише тоді, коли суд застосує іноземне право у спосіб, як би це зробив власне суд іноземної держави. Враховуючи це, звертається увага на особливість застосування права держав, правопорядки яких визнають джерелом судову практику та / або судовий прецедент.

На нашу думку, слід погодитися з обґрунтованою позицією В.І. Кисіля, А.С. Довгерта з приводу того, що незважаючи на загальноприйняту відсутність судового прецеденту у системі джерел права країн романо-германської правової системи, судова практика як узагальнення діяльності вищих судових установ розглядається як джерело права, до якого звертаються у субсидіарному порядку при неможливості врегулювати те чи інше питання зі сфери міжнародного приватного права шляхом застосування формалізованої правової норми національного чи міжнародного характеру.

У той же час обґрунтованою видається позиція щодо визнання судової практики джерелом міжнародного приватного права у країнах загальної системи права. Це пов'язано з тим, що окремі аспекти правового застосування колізійних норм та вирішення колізійного питання сформовані внаслідок багатовікової діяльності судів та містяться у судових прецедентах.

Актуальним і надалі залишається питання визнання практики міжнародних судових установ джерелом міжнародного приватного права. Прикладом можна вважати практику Європейського суду з прав

людини (надалі також – ЄСПЛ) та відповідні норми національного законодавства.

23 лютого 2006 р. було прийнято Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», метою якого є усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї та впровадження в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини. Відповідно до ст. 17 Закону суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. На нашу думку, вищенаведена норма свідчить, що судова практика ЄСПЛ, у тому числі й рішення, ухвалені не лише проти України, а й проти інших держав, є джерелом національної правової системи України.

Підтвердженням цього підходу слід вважати і положення процесуальних кодексів. Так, згідно із ст. 10 ЦПК, ст. 11 ГПК України суд застосовує при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. У той же час у ст. 6 КАС України зазначається, що суд застосовує принципи верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини.

На нашу думку, значення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. і протоколів до неї як джерела міжнародного приватного права важко перебільшити. Велика кількість норм Конвенції безпосередньо регулюють цивільні права (як майнові, так і особисті немайнові). До них насамперед слід віднести конвенційні норми, присвячені регулюванню права на життя, свободу та особисту недоторканість, повагу до приватного і сімейного життя, права на шлюб, захист права власності тощо [8].

Слід звернути увагу, що власне практика ЄСПЛ, заснована на застосуванні різних принципів тлумачення Конвенції, серед яких слід виділити принцип автономності, еволюційності, ефективності тлумачення, пропорційності та поваги до прецеденту, є, на думку автора, самостійним джерелом міжнародного приватного права, адже впливає на безпосередній механізм регулювання приватноправових відносин, ускладнених іноземним елементом [9, с. 154–155], що яскраво виявляється при аналізі рішень ЄСПЛ у справах «Лоїзиду проти Туреччини» (Case of Loizidou v. Turkey, application no. 15318/89, judgement date 18 December 1996) [10], «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» (Case of Ilaşcu and others v. Moldova and Russia, application no. 48787/99, judgement date 8 July 2004) [11], «Кіпр проти Туреччини» (Case of Cyprus v. Turkey, application no. 25781/94, judgement date 10 May 2001) [12].

**Висновки.** Аналіз доктринальних підходів та позицій до проблеми визначення ролі та місця судової практики як джерела міжнародного приватного права дає підстави зробити висновок, що, на жаль, на сьогодні у доктрині міжнародного приватного права відсутні ґрунтовні теоретичні напрацювання, присвячені дослідженню вищенаведених питань. У той же час узагальнення положень законодавства та матеріалів судової практики дають підстави зробити висновок, щона сьогодні судової практики слід вважати джерелом міжнародного приватного права, яке підлягає застосуванню у субсидіарному порядку, враховуючи її значення при вирішенні проблем правозастосування та тлумачення правових норм при регулюванні приватноправових відносин, що складають предмет галузі міжнародного приватного права. З огляду на вищенаведене подальше дослідження вищевказаної проблематики вбачається перспективним та актуальним предметом наукових досліджень.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права. Москва : Издательство Юрайт, 2018. 521 с.
2. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Москва : Статут, 2016. 645 с.
3. Морозова Л.А. Теория государства и права. Москва : Российское юридическое образование. 382 с.
4. Міжнародне приватне право. Загальна частина : підручник / за ред. А.С. Довгертта і В.І. Кисіля. Київ : Алерта, 2012. 376 с.
5. Богуславский М.М. Международное частное право. Москва : Юристъ, 2002. 462 с.
6. Ануфриева Л.П. Международное частное право : в 3 т. Т. 1. Общая часть. Москва : БЕК, 2002. 288 с.
7. Международное частное право / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекяшев, Г.К. Дмитриева та ін. Москва : ТК Велби, 2004. 688 с.
8. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
9. Law of the European Convention on Human Rights / D. Harris, M. O'Boyle, E. Warbrick, C. Buckley. Oxford, 2018. 1056 p.
10. Рішення ЄСПЛ у справі «Лоїзиду проти Туреччини» (Case of Loizidou v. Turkey, application no. 15318/89, judgement date 18 December 1996). 1996. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-58201%22%7D>.
11. Рішення ЄСПЛ у справі «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» (Case of Ilaşcu and others v. Moldova and Russia, application no. 48787/99, judgement date 8 July 2004). 2004. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22%3A%22ENG%22%2C%22appid%22%3A%2248787%2F99%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-61886%22%7D>.
12. Рішення ЄСПЛ у справі «Кіпр проти Туреччини» (Case of Cyprus v. Turkey, application no. 25781/94, judgement date 10 May 2001). 2001. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22cyprus%20v%20turkey%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-59454%22%7D>.