

**ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС;
СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО**

УДК 341.942

DOI <https://doi.org/10.32844/2618-1258.2019.3-2.10>

ГРАМАЦЬКИЙ Е.М.

**СУДОВА ПРАКТИКА ЯК ДЖЕРЕЛО МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА:
ПОЗИЦІЯ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ**

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 досить 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 думку автора, 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. 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.

Аналіз наукових джерел дає змогу встановити, що судову практику слід розглядати як джерело міжнародного приватного права субсидіарного порядку, враховуючи його значення для вирішення проблем правозастосування та тлумачення правових норм у регулюванні приватних правовідносин, що є предметом галузі міжнародного приватного права.

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.

The analysis of scientific sources makes it possible to figure out that judicial and arbitration practice should be regarded as a source private international law of subsidiary order, bearing in mind its importance in resolving the problems of law enforcement and the interpretation of legal rules in the regulation of private legal relations which are the subject to private international law. We suppose these problems need special attention and can be considered to be an actual subject of further scientific research.

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

Вступ. На сучасному етапі розвитку приватноправових відносин, що характеризується ускладненням їх нормативного регулювання, збільшенням кількості міжнародних правових актів, у тому числі міжнародних договорів, предметом регулювання яких є приватноправові відносини, ускладнені іноземним елементом, має місце підвищена увага науковців до судової практики та її ролі у механізмі регулювання правовідносин відповідної галузі.

В умовах активної євроінтеграції України все більша увага представників науки міжнародного приватного права приділяється аналізу і вивченню загальних засад та проблем цієї галузі права, її окремих аспектів. Система джерел міжнародного приватного права як галузі права не є винятком.

Окремо зазначимо, що визнання практики Європейського суду з прав людини джерелом права України, реформа процесуального законодавства України 2017 року, підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом від 27.06.2014 року, зближення України з Європейським співтовариством та, як наслідок, підвищення впливу на правову систему України *jus commune europe* має вагоме значення для структурних змін у системі джерел міжнародного приватного права.

Зазначимо, що аналізом як системи джерел міжнародного приватного права у цілому, так і вивченням окремих джерел цієї галузі права займалися такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як В.І. Кисіль, А.С. Довгерг, 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 інші. Однак, 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.

Постановка завдання. 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 аналіз позицій представників доктрини міжнародного приватного права щодо місця судової практики як джерела цієї галузі права.

Результати дослідження. Перед тим, як розпочати аналіз підходів щодо місця та значення судової практики у системі джерел міжнародного приватного права варто розпочати з визначення загальнонотеретичних 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 законотвора, який 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 малоприматним 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].

У той же час 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. Перед тим, як 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.

Автор погоджується 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 обумовлена 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].

У той же час 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 при-

ватного 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.

Автор вважає 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 правових системах 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].

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 тому числі 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, правових порядків яких визнають джерелом судової практики та/або судовий прецедент.

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 обґрунтовано 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 в результаті багатовікової діяльності судів та містяться у судових прецедентах.

Висновки. Аналіз доктринальних підходів та позицій вчених щодо 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 відсутня єдиність поглядів щодо вирішення вищевказаного питання. Узагальнення та аналіз окремих положень законодавства та матеріалів судової практики дають підстави зробити висновок, що на сьогодні судову практику 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 вищевказане подальше дослідження вищевказаної проблематики вбачається перспективним та актуальним предметом наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Лазарев В.В. Теория государства и права / В.В. Лазарев, С.В. Липень. М. : Издательство Юрайт, 2018. 521 с.
2. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права / Г.Ф. Шершеневич. Москва : Статут, 2016. 645 с.
3. Морозова Л.А. Теория государства и права / Л.А. Морозова. Москва : Российское юридическое образование. 382 с.
4. Міжнародне приватне право. Загальна частина: підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. К. : Алерта, 2012. 376 с.
5. Богуславский М.М. Международное частное право / М.М. Богуславский. М. : Юристь, 2002. 462 с.
6. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том 1. Общая часть / Л.П. Ануфриева. Москва : БЕК, 2002. 288 с.
7. Международное частное право / [Л.П. Ануфриева, К.А. Беляев, Г.К. Дмитриева та ін.]. Москва : ТК Велби, 2004. 688 с.

УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.32844/2618-1258.2019.3-2.11>

ГУЙВАН П.Д.

**ОБМЕЖЕННЯ ДОПУСКУ ДО ПУБЛІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ:
ЗАКОНОДАВСТВО ТА РЕАЛІЇ**

Стаття присвячена дослідженню правових механізмів належної організації доступу особи до інформації, яка становить суспільний інтерес. Встановлено, що визначальним чинником є дотримання принципу відкритості та прозорості діяльності органів влади та запобігання свавільному та протизаконному обмеженню вільного доступу громадськості та окремих осіб до публічної інформації.

Проаналізоване поняття презумпції відкритості публічної інформації, запроваджене у чинному українському інформаційному законодавстві. В цьому контексті встановлено чіткий обсяг прав запитувача публічної інформації та «позитивних обов'язків» розпорядника стосовно оприлюднення соціально значимих відомостей або їхнього безперешкодного надання конкретній особі, що запитує інформацію. На перший план виходить правило, згідно з яким, якщо володільцем інформації не встановлено та не доведено на час запиту, що мають застосовуватися інформаційні обмеження, відомості надаються вільно і безперешкодно, навіть якщо вони дійсно мали певні обмеження.

У роботі наведені приклади, коли публічні органи влади всіяко порушують права громадян на отримання суспільно значимих відомостей. Відмови чи зволікання у доступі відбувається під різними приводами, при цьому владний суб'єкт такі рішення про відмову ухвалює на власний розсуд, ніяк не мотивуючи або роблячи неналежну мотивацію. Критично оцінені законодавчі та правозастосовні підходи до формування інформаційного суспільства в Україні.

Вивчені та рекомендовані конкретні заходи, спрямовані на стимулювання прозорості урядової діяльності. При цьому ефективність правових механізмів має полягати, як у стимулюванні публічних органів щодо необхідної відкритості і своїй діяльності, так і стосовно чіткого усвідомлення та врегулювання проблем таємності. В праці наголошується, що, будь-яке втручання в основоположні права людини, включаючи їх різноманітні обмеження, має бути пропорційним.

© ГУЙВАН П.Д. – кандидат юридичних наук, заслужений юрист України, професор (Полтавський інститут бізнесу)