

**МАРТА МЧУЛЬСЬКА, ВІТАЛІЙ СЕМКІВ**

## **Тенденції розвитку правової доктрини в контексті інтеграції та конвергенції правових систем**

На початку XXI століття відбуваються фундаментальні зміни у пізнанні права, правових систем, визначенні перспектив їх розвитку, визнання як обмеженості універсальних моделей західної традиції бачення світу, так і, у свою чергу заперечення абсолютності плюралізму, орієнтація на їх гармонізацію та оптимізацію, своєрідність виявлення на різних рівнях та в різних формах осмислення та ставлення до світу<sup>1</sup>.

Правова наука здійснює пошук нових ракурсів, нюансів у розумінні вже сформованих юридичних понять, поповнює понятійний апарат термінами, які відображають реалії сучасних правових систем. Вона співвідносить тенденції розвитку окремих явищ і відповідних їм понять із загальними тенденціями розвитку права, правових систем. Зрозуміло, що зв'язок тенденцій розвитку більш конкретних та більш загальних правових явищ є системним і двостороннім. У нашому випадку загальні тенденції розвитку права, континентальної правової системи безпосередньо впливають на тенденції розвитку правової доктрини як джерела права і навпаки.

Визначальною тенденцією у правовій сфері є тенденція світової інтеграції, яка полягає не тільки у становленні універсального міжнародного права, а й у зближенні правових систем. У свою чергу процеси інтеграції, універсалізації, гармонізації відбуваються в межах окремих правових систем.

Сучасна картина посилення юридико-конвергенційних процесів, які у які у системному вимірі розуміють в якості різноманітної і поліаспектної інтеграції, зближення різноманітних (а не тільки найбільш близьких за джерелами й організацією інститутів, як це мало місце в кінці XVIII–XIX ст.) правових інститутів, принципів, доктрин, компонентів юридичної (право-

---

<sup>1</sup> Скакун О. Ф. Теория права и государства и «сравнительное правоведение»: сходство и различие смежных научных дисциплин // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: збірник наукових праць / за ред. Ю. С. Шемшученка, М. М. Цимбалюка, І. С. Гриценка; упор. О. В. Кресін, І. М. Ситар.-Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – 620 с. – С. 31.

застосовної і правотворчої) практики, цінностей і правовідносин, буде неповною без розуміння місця та ролі у них правових доктрин<sup>2</sup>.

У процесах конвергенції правових систем правова доктрина виступає в якості об'єднуючого, цементуючого фактору. Вона забезпечує узгоджене розуміння суспільних відносин, які виникають<sup>3</sup>. Обмін та запозичення правових доктрин правовими системами здійснюються напряму, оскільки вони не потребують формального закріплення в силу їх загальноновизнаності, формування єдиного наукового та освітнього юридичного простору.

Правова доктрина також опосередковано впливає на конвергенцію романо-германської та англо-американської правових сімей в результаті визнання в межах першої окремих джерелом права судової правотворчості<sup>4</sup>. У романо-германській правовій сім'ї правова доктрина найчастіше санкціонована судовою владою і набуває форми судового рішення.

На думку наукового консультанта Верховного суду України З. Мельник, суттєвий вплив на конвергенцію правових систем здійснює Європейський суд справедливості, який займається не тільки правозастосовною, але й правотворчою діяльністю, результатом якої є судовий прецедент. Це, передусім, акти тлумачення і судового контролю за відповідністю рішень, які приймаються різними інститутами Європейського Союзу і держав – членів Союзу положенням, які містяться в установчих і договірних актах, і в сформульованому на їх основі загальноєвропейському законодавстві<sup>5</sup>. Санкціонування Європейським судом справедливості правової доктрини, таким чином, можна віднести до основних його завдань.

Застосування правової доктрини Міжнародним Судом ООН передбачене у ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН, відповідно до якої суд зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права та при цьому застосовує:

- а) міжнародні конвенції як загальні, так і спеціальні, які встановлюють правила, точно визнані державами, що сперечаються;
- б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми;

<sup>2</sup> Каліцький Б. А. Сучасний стан наукової сфери України та нова стратегічна доктрина її розвитку / Б. А. Каліцький // Наука та наукознавство. – 2006. – № 2. – С. 94–102.

<sup>3</sup> Тодька Ю. Н. Конституція України: вопросы теории и практики / Тодька Ю. Н. – Харьков : Факт, 2000. – 178 с.

<sup>4</sup> Трофименко В. А. У пошуках ідеального джерела права: правові доктрини світу / Трофименко В. А. // Юрид. Радник. – 2007. – № 4 (18). – С. 82–88.

<sup>5</sup> Мельник З.П. Вплив судової практики на конвергенцію правових систем сучасності // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: збірник наукових праць / за ред. Ю.С. Шемшученка, В.П. Тихого, М.М. Цимбалюка, І.С. Гриценка; упор. О.В. Кресін, І.М. Ситар. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. – 620 с. – С. 200–201.

- с) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями;
- д) із застереженням, зазначеним у статті 59, судові рішення та доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм<sup>6</sup>.

Французький науковець Жан Тускоз слушно стверджує, що теорія, яка належить «найкваліфікованішим фахівцям з публічного права різних національностей», за висловлюванням зі Статуту Міжнародного суду ООН, є «додатковим способом визначення правових норм. Часто ці автори виступають у ролі радників при органах, які розробляють правові норми, часто вони беруть участь у правових процедурах, і їхній вплив, який виявляється з усією очевидністю, особливо на письмі, може бути дуже суттєвим»<sup>7</sup>.

Посилання на правову доктрину знаходимо у рішеннях Європейського Суду з прав людини, який в більшості випадків відтворює національну правову доктрину з посиланням на наукові джерела. Наприклад, у рішенні по справі Романенко та інші проти Росії Європейський Суд посилається на конкретні доктринальні розробки, тобто наукові праці, а також аналізує їх основні положення: «Доктрина «групового наклепу» має глибокі корені в цивільно-правовій традиції (див. King v. Alme & Nott, 91 Eng. Rep. 790 (1700) (per curiam); Eastwood v. Holmes, . & F. 347, 175 Eng. Rep. 758 (1858); New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964))», «Суд постійно дотримувався думки, що преса „як правило, має право, за сприяння громадських дебатів з питань, що становлять законний інтерес, покладатися на зміст офіційних звітів без потреби проведення незалежних досліджень” (див. Colombani and Others v. France, no. 51279/99, § 47, ECHR 2002-V; also Selistö v. Finland, no. 56767/00, § 60, 16 November 2004). Аналогічна добре розвиненої правова доктрина вже давно закріпилася в юриспруденції США»<sup>8</sup>.

Аналогічно у рішенні по справі Vusić проти Хорватії Європейський суд посилається на наукову працю відомого хорватського науковця та наводить витяг з неї: «Хорватська правова доктрина (див. S. Triva and M. Dika, *Gradansko parnično procesno pravo* (The Law of Civil Procedure), Zagreb, 2004, p. 356) описує так звану внутрішню обов'язкову силу судових рішень, постановлених у порядку цивільного судочинства наступним чином...»<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Статут Міжнародного Суду ООН. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_010](http://www.zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_010).

<sup>7</sup> Тускоз Ж. Міжнародне право : Підручник. Переклад з французької / Ж. Тускоз. – Київ : АртЕк, 1998. – с. 209.

<sup>8</sup> Judgment of the European Court of Human Rights on the case Romanenko and others v. Russia dated 8 October 2009. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94843](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94843).

<sup>9</sup> Judgment of the European Court of Human Rights on the case Vusić v. Croatia dated 01 October 2010. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99730](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99730).

У справі *Folgero* та інші проти Норвегії Європейський суд у рішенні також посилається на конкретну наукову працю: «Це, однак, не супроводжується жодними санкціями і в правовій доктрині в даний час не розглядається як правове зобов'язання (див. *Johs. Andenæs and Arne Fliflet, Statsforfatningen i Norge*, 10th edition, 2006, pp. 391-92)»<sup>10</sup>.

Однак інколи Європейський Суд аналізує національну правову доктрину без вказівки на наукове джерело, як от у рішенні по справі *Ramanauskas* проти Литви Європейський Суд: «Термін *kurstymas* (який також може бути перекладене як «підбурювання»), як правило, використовується у вітчизняній правовій доктрині для визначення поняття співучасті»<sup>11</sup>, або у рішенні по справі *Lindheim* та інші проти Норвегії: «У відповідності з правовою доктриною, якщо такі положення ще не були викладені в Контракті, існував звичай або безумовне припущення, що орендар мав право на продовження дії Контракту, окрім випадків, коли орендодавець мав об'єктивну підставу для відмови в продовженні дії Контракту»<sup>12</sup>.

Деякі рішення Європейського Суду містять окремий структурний підрозділ, в якому наводяться положення національної правової доктрини, що стосуються конкретної справи. Наприклад, рішення Європейського Суду по справі *Lelas* проти Хорватії містить структурний підрозділ під назвою «Доктрина», в якому аналізується національна правова доктрина Хорватії: «Відповідно до думок, виражених в хорватській правовій доктрині, це право не втрачається після закінчення терміну давності. Швидше за все, кредитор втрачає тільки право вимагати його виконання через суд. Таким чином, боржник залишається боржником, навіть після того, як термін давності минув. З цієї причини, якщо боржник сплачує кредитору борг після закінчення терміну давності, він або вона не може претендувати на суму, виплачену знову (за рахунок безпідставного збагачення), тому що він або вона оплатила існуючий борг»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Judgment of the European Court of Human Rights on the case *Folgero and others v. Norway* dated 29 June 2007. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-81356](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-81356).

<sup>11</sup> Judgment of the European Court of Human Rights on the case *Ramanauskas v. Lithuania* dated 5 February 2008. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00184935](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00184935).

<sup>12</sup> Judgment of the European Court of Human Rights on the case of *Lindheim and others v. Norway* dated 12 June 2012. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5B%22Lindheim%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%22%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-111420%22%5D%7D](http://www.hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%5B%22Lindheim%22%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%22%2C%22itemid%22%3A%5B%22001-111420%22%5D%7D).

<sup>13</sup> Judgment of the European Court of Human Rights on the case *Lelas v. Croatia* dated 20 August 2010. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98827](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-98827).

Схоже відображення правової доктрини знаходимо у рішенні Європейського Суду по справі *Finger* проти Болгарії, яке містить підрозділ під назвою «Правова доктрина», в якому наведений аналіз болгарської правової доктрини із посиланнями на конкретні наукові праці: «На думку деяких правових коментаторів, засоби правового захисту, відповідно до статті 217а Кодексу 1952 р. та відповідно до статей 255-57 Кодексу 2007 р. не підлягають розгляду у Верховному касаційному суді, тому що немає „вищого суду” (Стальов Ж. Б'лгарско цивільно процесуално право, Софія, 2006 р., стор. 106, Корнезов Л., Цивільно с' допроізводство, Том п'рви, Софія, 2009 р., стор. 682). Інші коментатори стверджують, що засіб правового захисту у відповідності зі статтями 255-57 Кодексу 2007 р. може, в силу своєї специфіки, застосовуватися до справ, що знаходяться на розгляді Верховного касаційного суду, тому що його основною метою є не доведення до відома вишестоящого суду затримок у нижчестоящому суді, а спонукання останніх прискорити розгляд справи (Іванова, Р., Пунев, Б., Чернев, С., Коментар на Новія Цивільно процесуален кодекс, Софія, 2008 р., стор 379)»<sup>14</sup>.

Посилання на правову доктрину знаходимо і в окремих думках суддів Європейського Суду прав людини, наприклад окрема думка судді Zupančič по справі *Scozzari* та *Giunta* проти Італії містить неодноразові згадки правової доктрини, наприклад, «я думаю, суд виконав серйозну роботу як в пошуку мудрих рішень в окремих випадках, так і у встановленні загальних принципів і доктрин деяких аспектів сім'ї європейського права», «історично склалося, що правова доктрина *parens patriae* була заснована на (неправильному) припущенні, що в сімейному праві, питаннях цивільних зобов'язань і правопорушень неповнолітніх держава діє *in loco parentis*, і що, конфліктуючи „ворожі відносини тут замінені на „доброзичливе ставлення” держави *in loco parentis*»<sup>15</sup>.

У наведених рішеннях Європейського Суду з прав людини відображено застосування Судом правової доктрини, яке здійснюється шляхом розкриття змісту національних правових доктрин, його аналіз або ж посилання на конкретні наукові джерела.

Незважаючи на законодавче закріплення обов'язковості рішень Європейського суду з прав людини у Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»<sup>16</sup>, ситуація з їх

<sup>14</sup> Judgment of the European Court of Human Rights on the case *Finger v. Bulgaria* dated 10 August 2011. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104698](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104698).

<sup>15</sup> Judgment of the European Court of Human Rights on the case *Scozzari and Giunta v. Italy* dated 13 July 2000. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00158752](http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=00158752).

<sup>16</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини [Текст] : Закон України від 30 березня 2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – №30. – Ст. 260.

виконанням в Україні є критичною. Як слушно стверджує О. Соловійов «реалізація приписів Закону про застосування практики Суду в частині визначення практики Суду джерелом права в Україні залишається вельми проблематичною, а сам закон у відповідній частині є значною мірою декларативним»<sup>17</sup>.

Правова доктрина, її розвиток є істотним фактором не тільки конвергенції правових систем, а й їх інтеграції. У науковій літературі прийнято виділяти такі тенденції сучасного інтеграційного розвитку у правовій сфері:

- стійкі закономірності в масштабах світового співтовариства, обумовлені загальноновизнаними правовими цінностями;
- однорідні процеси і тенденції в рамках великих правових сімей з їх загальними світоглядними і юридичними джерелами;
- узгоджений правовий розвиток у рамках міждержавних об'єднань;
- регіональні тенденції багатоманітного правового розвитку, пов'язані з диференціацією або утворенням нових держав<sup>18</sup>.

Серед однорідних тенденцій і процесів у рамках основних правових систем і тенденції розвитку правової доктрини, до яких необхідно віднести фактичне визнання правової доктрини джерелом континентального права. Двозначність такого визнання полягає в офіційному, формально-юридичному невизнанні правової доктрини як джерела (форми) права більшістю держав та у фактичному використанні правової доктрини в якості джерела права. Офіційне невизнання правової доктрини як джерела права у країнах континентальної правової сім'ї пов'язані із відсутністю особливих юридичних актів, які закріплюють правовий статус доктрини.

Проте в кожній країні є правові акти, які стосуються правової доктрини чи механізму її санкціонування. Це нормативні акти, які зобов'язують використовувати доктрину як джерело права у правотворчості, судовими чи правозастосовними органами при розгляді спорів.

Прийняття таких актів обумовлено як правовими традиціями окремих держав (у випадку з Швейцарським цивільним кодексом, який закріплює наступне положення: «Цей закон діє відповідно до його формулювання або тлумачення щодо всіх юридичних питань, з приводу яких він містить положення. За відсутності у ньому положення, суд приймає рішення відповідно до звичаєвого права і, за відсутності звичаєвого права, відповідно до правила, яке б встановив законодавець. При цьому суд повинен дотримуватися

<sup>17</sup> Соловійов О. В. Застосування Європейської конвенції з прав людини та практики Страсбурзького Суду в Україні (загальнотеоретичні аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Соловійов Олексій Володимирович. – Львів, 2011. – 206 с.

<sup>18</sup> Селіванов В. До питання методології розроблення сучасної правової доктрини України / В. Селіванов // Вісн. Акад. правових наук України. – 2005. – № 2(41). – С. 15–26.

встановленої доктрини і прецедентного права»<sup>19</sup>), так і впливом міжнародного права, яке офіційно визнає доктрину джерелом права (Статут Міжнародного суду ООН).

Відтак правова доктрина у континентальній правовій системі надалі розвиватиметься як традиційне, чи нетрадиційне джерело права. Перспективою для правової доктрини як традиційного джерела права є її офіційне визнання. Проте при санкціонуванні правової доктрини законодавчою владою вона втрачатиме свій зміст та ознаки нетрадиційного джерела права, серед яких вчені виділяють:

1. Субсидіарний характер застосування для регулювання суспільних відносин при відсутності правотворчих процедур.
2. Стихийний, відносно непомітний і спонтанний характер створення правової доктрини.
3. Врахування правової доктрини судовими та іншими правозастосовними органами при розгляді спорів.
4. Триваючий час виникнення, становлення і удосконалення доктрини<sup>20</sup>.

Шлях ідей, теорій, концепцій у правову доктрину лежить через їх сприйняття практикою. Висока масова оцінка правозастосовними органами відкриває їм шлях до авторитету.

У більшості держав таким шляхом є санкціонування правової доктрини судами. Законодавство цих держав фактично надає судам повноваження по такому санкціонуванню, формалізує застосування ними правової доктрини. Суди при застосуванні правової доктрини послідовно відповідають на наступні запитання:

1. Чи врегульовані спірні відносини традиційними джерелами права, в першу чергу нормативними правовими актами?
2. У випадку неурегульованості відносин нетрадиційними джерелами права суд встановлює зміст правової доктрини, яка здійснює регулюючий вплив.
3. Потім суд встановлює, чи є правова доктрина, яка застосовується, загальновизнаною і достатньо авторитетною.
4. У випадку, якщо правова доктрина відповідає всім ознакам джерела права, суд використовує її при винесенні судового акта з врахуванням специфіки спірних відносин<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Swiss Civil Code of 10 December 1907 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>. (Назва з екрану).

<sup>20</sup> Тополевський Р. Б. Система джерел права: поняття, види, структура / Р. Б. Тополевський // Вісн. Нац. ун-ту внутрішніх справ. – 2002. – Вип. 20. – С. 160–164.

<sup>21</sup> Там.

Очевидно, що тенденції розвитку правової доктрини пов'язані з загальною для континентальної правової системи тенденцією посилення позицій національних судів в тлумаченні законів, а також потреби у визнанні їх суб'єктами нормотворення поряд з іншими правотворчими суб'єктами.

Проте визнання судових прецедентів формою (джерелом) права чи формалізація санкціонування правової доктрини судами встановлює межі для розвитку правової доктрини. Такою межею є визнання її формою права.

Не будучи формою права, правова доктрина є центральною ланкою інтеграції континентальної правової системи.

З допомогою правової доктрини забезпечується також трансформація права у державах перехідного типу. Серед українських вчених достатньо поширеною є думка, що на етапі переходу України від тоталітарної до демократичної, правової держави правова доктрина не тільки забезпечуватиме певну стабільність, наступність у праві, а й буде діючим джерелом права.

Тенденції розвитку правової доктрини у континентальній правовій системі, відображаючи рівень суспільного розвитку, досягнення юридичної науки і техніки, показують можливі зміни місця та ролі правової доктрини у континентальній правовій системі, що дозволяє удосконалювати практику санкціонування та застосування правової доктрини.

Серед таких тенденцій виділяються:

- становлення механізму санкціонування правової доктрини судами шляхом прийняття на її основі судових рішень;
- використання правової доктрини у правотворчому процесі, при розробці нормативно-правових актів;
- використання правової доктрини для формування законодавчих дефініцій, які поступово перетворюються в обов'язкову частину нормативних актів;
- використання правової доктрини як основи уніфікації законодавства в континентальній правовій системі;
- зміцнення системних зв'язків правової доктрини з іншими джерелами права, насамперед, судовим прецедентом.

Загалом правова доктрина виступає в якості об'єднуючого фактору, центральною ланкою та стрижнем системи джерел права. Вона гнучко реагує на зміну суспільних відносин, тому відіграє важливу практичну роль.



### Анотація

У статті на основі аналізу наукових джерел, практики Європейського Суду з прав людини, міжнародних джерел, законодавства України та зарубіжних держав виокремлено тенденції розвитку правової доктрини. Досліджено вплив процесів правової інтеграції та глобалізації на розвиток правової доктрини, в тому числі практики її застосування.

**Ключові слова:** правова доктрина, правова інтеграція, правова глобалізація, правова система.

### Streszczenie

#### **Integracja systemów prawnych a tendencje rozwoju doktryny prawa**

W artykule na podstawie analizy źródeł naukowych, wykładni Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, źródeł międzynarodowych, ustawodawstwa Ukrainy oraz krajów obcych omówiono tendencje rozwoju doktryny prawa. Zbadano wpływ procesów integracji prawa i globalizacji na rozwój doktryny prawa.

**Słowa kluczowe:** doktryna prawna, prawna integracja, prawna globalizacja, system prawny.

### Summary

#### **Tendencies of legal doctrine's development within the context of integration and convergence of legal systems**

On the basis of analysis of scientific sources, the European Court of Human Rights practice, international sources, laws of Ukraine and foreign countries tendencies of legal doctrine's development were highlighted. The influence of the legal processes of integration and globalization on the development of legal doctrine, including the practice of its application, was shown.

**Key words:** legal doctrine, legal integration, legal globalization, the legal system.