

РОЗДІЛ 11 МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 340.5

ДЖЕРЕЛА ПРАВА В ПРОЦЕСІ ПОРІВНЯЛЬНОГО ПРАВознавства

SOURCES OF LAW IN COMPERATIVE STUDY

Бєленький В.П.,

*аспірант кафедри кримінального права, кримінального процесу та криміналістики
економіко-правового факультету*

*Одеського національного університету імені І.І. Мечникова,
адвокат*

Стаття присвячена висвітленню сутності та змісту такої філософсько-правової категорії, як «джерело права». Проаналізовані підходи різних учених щодо визначення категорії «джерело права». Автор акцентує увагу на розкритті змісту поняття «джерела права у національному праві та міжнародному праві», а також надає основну класифікацію джерел права.

Ключові слова: джерело права, джерело міжнародного права, класифікація, порівняльне право ведення.

Статья посвящена освещению сущности и содержания такой философско-правовой категории, как «источник права». Проанализированы подходы различных ученых относительно определения категории «источника права». Автор акцентирует внимание на раскрытии содержания понятия «источник права в национальном праве и международном праве», а также представляет основную классификацию источников права.

Ключевые слова: источник права, источник международного права, классификация, сравнительное право ведение.

Article is devoted to nature and content of such philosophical and legal category as «source of law». The approaches of various scientists to determine category of «source of law». The author focuses on revealing content of concept of «source of in national law and international law».

Key words: source of law, source of international law, classification, comparative law.

Актуальність теми. При проведенні порівняльного правового аналізу зміст поняття «джерело права» відіграє дуже важливу роль, оскільки саме воно визначає, на підставі яких дослідницьких матеріалів порівняльний аналіз права буде проводитися. Необхідно зазначити, що визначення змісту поняття «джерело права» у процесі проведення порівняльного аналізу слід проводити, виходячи з того, які саме джерела права застосовуються при тлумаченні положень тексту кримінального закону в кожній порівнюваній системі. При цьому ми виходимо з того, що під джерелом права слід розуміти кожний такий аргумент, на підставі котрого правова позиція встановлюється або легітимізується в якості юридичного рішення або позиції [1, с. 201].

Виклад основного матеріалу. На думку професора А. Аарніо (A. Aarnio) [2, с. 211], правове джерело традиційно у Великобританії можна розглядати в трьох змістах. У самому широкому змісті «sensu largissimo» джерело права охоплює широке коло тлумачних підстав і аргументів юридичного рішення. Такими є семантичні, граматичні, логічні, юридичні (закон, звичай країни, мета законодавця й закону, судові прецеденти, порівняльно-правові й історико-правові аргументи, юриспруденція), телеологічні (реальні аргументи) підстави, цінності, мораль, аналогія. У широкому змісті sensu largo поняття джерело права

містить юридичні підстави, зазначені вище. У самому вузькому змісті «sensu stricto» під джерелами права розуміються офіційні джерела, тобто закон, звичай країни, пояснювальні записки законопроектів, прецеденти судів.

Х. Толонен (H. Tolonen) [3, с. 465] ділить джерела права на формальні, змістовні та реальні. Формальне джерело права ґрунтується на позитивному праворозумінні, згідно з яким існує лише одна підстава, на яку всі інші джерела права можуть опиратися. Такою підставою є воля законодавця, тобто закон. Основна категорія змістовного джерела права полягає в правовому принципі, який може визначатися, як широка норма, що допускає можливість обліку оціночних позицій відносно цінностей у процесі прийняття рішення й розсуду. Під реальним джерелом права розуміються відносини права до суспільства, розвитку суспільства й пов'язане з ними право розсуду.

Значимість аргумента кожного джерела права може бути визначена за допомогою ступеня обов'язковості джерела права. Джерела права у Великобританії, як правило, діляться за ступенем обов'язковості на строго обов'язкові, слабо обов'язкові й дозволені джерела права. Строго обов'язковими джерелами права є закон і звичай країни, слабо обов'язковими – пояснювальні записки законопроектів і судові прецеденти. Якщо суддя ігнорує строго обов'язкове джерело права, то

він підлягає відповідальності за це. За ігнорування слабо обов'язкового джерела права відповідальність не передбачена. Підтримуючими аргументами, тобто дозволеними джерелами права, є порівняльно правові й історичні аргументи, позиції юридичної науки, цінності, мораль, моральність і телеологічні аргументи (реальні аргументи) [3, с. 467].

При проведенні порівняльного аналізу права ми можемо опиратися на таке уявлення про джерело права, згідно з яким поняття «джерело права» служить загальною назвою для сукупності правових правил і принципів, прецедентів вищих судових інстанцій, підготовчих матеріалів законопроектів, результатів юридичної науки й іншої інформації, що має нормативне значення, і застосовуваної при вирішенні правового питання для встановлення змісту діючого права. Відмітною рисою джерела права в сфері порівняльного кримінального права є обов'язковий статус тексту закону, оскільки кримінальна відповідальність може наступати тільки відповідно до тексту закону. Текст закону при порівняльному аналізі є джерелом інформації про закон, що підлягає тлумаченню за допомогою джерел інформації про інші джерела права. Основними іншими джерелами інформації про інші джерела права у відношенні англійського кримінального права є пояснювальні записки до законопроектів, тобто так звані законопроекти уряду, судова практика, юридична література. Слід підкреслити, що в проведенні порівняльного аналізу юридична література відіграє особливо важливу роль, оскільки вона дозволяє вивчати теоретичні підходи до розглянутих питань. Слід зазначити, що проведення порівняльного аналізу між двома різними правовими системами повинне враховувати, крім інформації про інші джерела права, також інформацію про результати соціальних наук, наприклад, кримінальну статистику, історичні факти розвитку кримінально-правової системи.

Вчення про джерела права в Україні більше підкреслює вузька, офіційна уява про джерело права, ніж англо-саксонське вчення про джерела права. Так, згідно з визначенням Великої юридичної енциклопедії [4, с. 89] під джерелами права розуміються закріплення й вираження правових норм. Нормативно-правовий акт, тобто акт правотворчості, є основним джерелом права України. Нормативно-правові акти залежно від того, яким чином вони прийняті і яку юридичну чинність мають, діляться на закони й підзаконні акти. Закони діляться на основні закони держави та закони Автономної Республіки Крим, незважаючи на її тимчасову окупацію з боку Російської Федерації. Закони України діляться ще на конституційні й звичайні. До підзаконних нормативно-правових актів відносяться нормативні укази Президента України, постанови уряду України, нормативні накази й інструкції міністерств, державних комітетів і інших відомств. У якості джерела права використовується також нормативний договір, у сфері міжнародного права – міжнародний договір [5, с. 78].

Слід підкреслити, що одним із пріоритетних підходів вітчизняних правознавців до розкриття сутності одного з базових понять юридичної науки є розуміння

ними джерел права, як зовнішньої форми вираження норм права.

Поділяючи такий підхід, авторський колектив «Юридичної енциклопедії» визначає джерело права, як спосіб зовнішнього вияву правових норм, що засвідчує їх загальнообов'язковість [6, т. 2, с. 171]. Прикладом одного з модифікованих варіантів такого тлумачення окресленої нами правової категорії може слугувати точка зору професора Київського національного університету імені Тараса Шевченка П. Шляхтуна. На його думку, джерела права слід розглядати, як форми закріплення й зовнішнього вияву правових норм [6 т. 2, с. 171]. Теоретичні положення про джерело права як зовнішню форму вираження права були сприйняті й у пострадянській юридичній науці.

Л.А. Морозова пише, що в теорії держави й права панує думка про те, що під джерелом права розуміють офіційні форми вираження й закріплення правових норм, що діють у даній державі. В результаті цього багато реалій у силу того, що вони не одержали офіційного закріплення в актах держави, не можуть бути визнані джерелами права. Це означає, що правова доктрина або «право юристів» не одержали в Україні офіційної форми вираження як джерела права. Однак загальновідомо, що багато законів вступили в силу завдяки теоретичним розробкам вчених-правознавців.

Подібним чином склалося і з судовою практикою: вона також не має офіційної форми закріплення й визнання з боку Української держави. Л.А. Морозова наполягає на визнанні судової практики, як джерела права в силу особливого стану судової влади в сучасній Україні [7, с. 19–20]. Як вважає В.С. Нерсисянц, відсутня чітка ієрархія джерел діючого в країні права [8, с. 165]. М.Н. Марченко ділить у своїй монографії «Джерела права» джерела сучасного права на чотири основні категорії: 1) закон; 2) підзаконні акти; 3) правовий договір, загальновизнані принципи й норми міжнародного права; 4) судова практика [9, с. 756].

У вітчизняній традиційній науці активно здійснюється пошук такого методологічного інструментарію, який дав би змогу дослідити джерела права, спираючись на сучасні здобутки в пізнанні правових явищ. Українські дослідники вказують на декілька значень поняття «джерело права»:

1) спосіб виникнення права, соціальна категорія. Це, зокрема, пам'ятки історії, літописи, судові справи та звичаї, що існували в історичній перспективі, мають юридичний зміст і визначають основні напрями становлення права конкретної держави;

2) чинники правотворчості, що безпосередньо впливають на формування та функціонування права;

3) діяльність суб'єктів суспільних відносин, у результаті якої реалізуються їхні потреби та задовольняються інтереси;

4) зовнішні прояви права: текстуальні джерела права, котрі можна поділити на первинні (нормативно-правові аспекти, нормативно-правові договори, правові прецеденти, релігійні норми, правові звичаї) та похідні (уточнюють зміст первинних: судова та адміністративна практика) [10, с. 67].

Позиції А. Аарніо можна в якійсь мірі визначити і в системі джерел діючого українського кримінального права, побудованому, на наш погляд, дуже вдало. О.Н. Бібік розділяє джерела кримінального права за предметним, ієрархічним, логічним і функціональним принципами на джерела норм кримінального права й категорію соціальних джерел кримінального права [12, с. 31–32]. Особливу увагу привертає до себе функціональний принцип побудови системи, тому що кожне джерело в силу свого специфічного змісту в системі здійснює певну функцію в рамках кримінально-правового регулювання. Визначення функції конкретного джерела права дає можливість для встановлення специфічних характеристик конкретного джерела кримінального права, його взаємозв'язки з іншими джерелами, визначення даного джерела в кримінально-правовому регулюванні. У його системі під джерелом норм кримінального права розуміється «явище правової дійсності, зібране в певну форму, що визнається державою, що містить кримінально-правові норми або їх елементи, які регулюють кримінально-правові відносини й відносяться до її правової системи». На думку І.І. Митрофанова, можна виділити такі джерела норм кримінального права: 1) законодавство, 2) джерела міжнародного права, 3) рішення Конституційного Суду, постанови Пленуму Верховного Суду [13, с. 74].

На думку Н.Л. Бондаренко-Зелінської, А.Ф. Зелінського, в області законодавства основним, але не єдиним джерелом кримінального права, є Кримінальний кодекс, який установлює підстави кримінальної відповідальності, криміналізовані діяння, заходи кримінально-правового характеру за здійснення злочинів. До джерел кримінального права в області законодавства відносяться також акти інших галузей законодавства, у тому числі Конституція, окремі закони, рішення, прийняті на референдумі, акти права воєнного часу. Основна функція, реалізована Конституцією України, полягає у встановленні концептуальних основ кримінально-правового регулювання, створення умов для забезпечення прав і свобод людини й громадянина в кримінально-правових відносинах, у вирішенні колізій між конституційними нормами й нормами кримінального права, у регулюванні окремих кримінально-правових відносин. Рішення, прийняті на референдумі України, повинні розглядатися, як джерело кримінального права у випадку наявності в їхньому змісті кримінально-правових норм. Функція актів інших галузей права полягає в забезпеченні реалізації положень КК України. Функція джерел міжнародного права полягає у встановленні основних принципів кримінально-правового регулювання, що мають міжнародне значення, забезпеченні дотримання природних прав і волі людини, боротьбі зі злочинцями, що створюють погрозу міжнародній безпеці. Джерела міжнародного права застосовуються для заповнення пробілів у Кримінальному праві й вирішенні колізій між міжнародним правом і кримінальним правом [14, с. 49].

З нашого погляду в системі міжнародного права бракує валідаційних норм (під валідаційними норма-

ми мається на увазі сукупність норм, пов'язаних із визнанням якихось соціальних фактів, як правотворчих фактів у контексті цієї системи права), хоча в ній і є норми екзегези (до норм екзегези, зокрема, відносять правила інтерпретації юридичних приписів, правила логічних висновків щодо обов'язковості якихось норм з огляду на визнання інших норм обов'язковими в цій системі права, а також колізійні норми, які визначають способи усунення суперечностей між нормами цієї системи права). З іншого боку, ми можемо говорити про існування теорії джерел міжнародного права, незважаючи на те, що в науці міжнародного права ще не склалося єдиного розуміння джерел міжнародного права.

Незважаючи на спроби позбутися поняття «джерело права», як наука, так і практика продовжують використовувати традиційне поняття джерела міжнародного права, про що свідчить той факт, що це поняття можна знайти в текстах міжнародних договорів, наприклад, у преамбулі Статуту ООН.

Водночас поняття «джерело права» в контексті міжнародного права, як вважає Герберт Брігтс, часто плутають з: 1) основою міжнародного права, тобто основою його обов'язковості; 2) причинами виникнення та розвитку міжнародного права, тобто чинниками, що впливають на розвиток міжнародного права, і котрі окремі автори називають «матеріальними джерелами» міжнародного права; 3) доказами існування, або «документальними доказами», в яких знаходять вираз норми міжнародного права [15, с. 44].

Англійський учений Л. Оппенгейм зазначав, що в літературі іноді плутають поняття «джерело» з поняттям «причина», внаслідок чого доходять помилкового висновку, що певні фактори, які впливають на розвиток міжнародного права, є джерелами норм цього права [16, с. 44].

«Ця помилка, – пише Оппенгейм, – може бути усунена, якщо звернутися до сенсу терміна «джерело» взагалі. Джерело означає початок або верхів'я, і його слід визначити, як водний потік, що виходить із ґрунту. Коли ми бачимо водний потік і бажаємо дізнатися, звідки він виходить, ми йдемо нагору за його течією, аж поки не досягнемо місця, де він природно виходить із землі. В цьому місці знаходиться джерело водного потоку. Ми добре знаємо, що це джерело не є причиною існування водного потоку. Джерело вказує тільки на природний вихід води з відомого місця, які б не були природні причини такого виходу. Якщо ми поняття «джерело» в цьому сенсі застосуємо до терміна «джерело права», тоді плутанина джерела з причиною виникнути не може. Подібно тому, як ми бачимо, що потоки води течуть по поверхні землі, ми точно так само немовби бачимо, що потоки норм течуть у галузі права. Якщо ми хочемо дізнатися, звідки йдуть ці норми, ми повинні піти вгору за течією, поки не дійдемо до початку потоку. Там, де ми знайдемо початок цих норм, – їхнє джерело. Зрозуміло, норми права не виходять із якогось місця на землі, як вода, вони виникають із фактів історичного розвитку певного суспільства. Так, у Великобританії велика кількість норм права щороку виникає з актів парламенту. Звідси ви-

пливає, що джерело права є терміном для позначення історичного факту, з якого норми поведінки отримують існування і юридичну силу» [16, с. 45].

В українській науці міжнародного права намагався виробити чітке поняття джерела, відокремивши його від поняття форми міжнародного права, граф Л.А. Камаровський. Під джерелами права Камаровський пропонував розуміти ту силу або причину, яка творить право [17, с. 26]. Ця сила, на його думку, діє невидимо, але завжди невідворотно, й у філософському сенсі може бути названа внутрішньою, розумною підставою права взагалі. Формами права Камаровський називав зовнішні прояви права, ті норми, в яких воно діє на певній території. У цьому останньому сенсі, наголошував Камаровський, форми можна називати джерелами тільки в переносному значенні, тобто як джерела пізнання, вивчення, але не походження права.

На питання стосовно джерела чи підстави міжнародного права в різні історичні епохи давалися різні відповіді. Одні автори вбачали таке джерело в волі Бога (звідси теорія Божественного права – *ius divinum*), інші знаходили основу міжнародного права в згоді держав (*consensus gentium*). Сам Камаровський схильний підтримати думку тих учених, які виводять міжнародне право з самої природи людини, зі вродженого людщині стремління до загального життя та спілкування [17, с. 28]. До того ж, Камаровський уточнює, що міжнародне право, яке має коріння в природі людини, водночас впливає з правосвідомості людства.

Харківський професор В.П. Даневський стверджував, що джерела міжнародного права поділяються на: а) внутрішній (або вищий) та б) зовнішні джерела, в яких проявляється його перше джерело, та із яких черпаються норми міжнародного права [18, с. 95].

«Внутрішнє джерело міжнародного права, – писав Даневський, – юридична свідомість народів вищої культури щодо необхідності правового порядку між ними, в який вони вступають під тиском людської природи. Ця свідомість стосовно порядку, що зв'язує їх правом, викликає вимогу прав і обов'язків народів у їхніх взаємних відносинах і обов'язковості міжнародного права, як сукупності юридичних норм, що охороняють цей правовий порядок. Підстави останнього – в природі людини, в її здібностях, що вдосконалюються, в її потребах, що збільшуються і урізноманітнюються» [18, с. 95].

Говорячи про зовнішні джерела міжнародного права, Даневський вважав, що в них повинно знайти вираз зовнішнім чином все те, що створено юридичною свідомістю народів. До того ж, форми цього виразу вельми різноманітні; часто в них юридична свідомість виражена недостатньо ясно. Ось чому, наголошує Даневський, зовнішніми джерелами, з яких черпається зміст міжнародного права, треба користуватися обережно [18, с. 96].

Висновки. Поняття «джерело міжнародного права» в сучасній доктрині використовується принаймні в трьох значеннях: 1) джерело в матеріальному сенсі; 2) джерело в формальному сенсі; 3) джерело в пізнавальному сенсі.

У цілому під джерелом у матеріальному сенсі мають на увазі обставини, в яких виникає потреба встановлення певної правової норми, а також чинник, завдяки якому така норма виникає. Такий чинник детермінує чи впливає на зміст норм міжнародного права. Інакше кажучи, під джерелом міжнародного права в матеріальному сенсі мають на увазі те, що веде до виникнення міжнародного права як феномена соціального буття, що надає йому об'єктивного і обов'язкового характеру.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Essays on Doctrinal Study of Law (Law and Philosophy Library) 2011 th Edition by Aulis Aarni, Law and Philosophy Library (Book 96), Springer; 2011 edition (July 19, 2011). – 222 p.
2. The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification (Law and Philosophy Library) by Aulis Aarnio, Springer; 1987 edition (December 31, 1986). – 276 p.
3. Tolvanen, Matti: 7.1 Varkaus ja moottorikulkuneuvon kaytto-varkaus. Teoksessa Frande, Dan Matikkala, Jussi – Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Viljanen, Pekka – Wahlberg, Markus: Keskeiset rikokset. Helsinki, 2006. – 484 p.
4. Велика юридична енциклопедія / Уклад. М.Р. Гнатюк. – Донецьк: Глорія Трейд, 2011. – 416 с.
5. Кириченко В.М., Куракін О.М. Теорія держави і права: модульний курс.: навч. посібник. – К.: Центр навчальної літератури, 2010. – 264 с.
6. Юридична енциклопедія / НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького; За ред. Ю.С. Шемшученка. – К., 1999. – Т. 2; К., 2003. – Т. 5.
7. Морозова Л.А. Еще раз о судебной практике как источнике права // Государство и право, 1/2004. – С. 19–20.
8. Нерсесянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. Для юридических вузов и факультетов. – М., 2002. – 665 с.
9. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. – М., 2005. – 867 с.
10. Бутузов В.М. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України.
11. Essays on Doctrinal Study of Law (Law and Philosophy Library) by Aulis Aarnio. – 2011. – 344 p.
12. Митрофанов І.І. Джерела кримінально-правових норм // Теоретичні та прикладні проблеми кримінального права України : матеріали міжнар. наук.– практ. конф. (м. Луганськ, 20–21 травня 2011 р.) / редкол. : Г.Є. Болдарь, А.О. Данилевський, О.О. Дудоров та ін.; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка. – Луганськ : РВС ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2011.
13. Бондаренко-Зелінська Н., Зелінський А. Правова система України та судовий прецедент: можливість співіснування // Юридичний журнал. – 2008. – № 6. – 129 с.
14. Briggs H. The Law of Nations. – New York, 1952. – P. 434.
15. Оппенгейм Л. Международное право. Том I – Мир. – М., 1948. – 534 с.
16. Камаровский Л.А. Основные вопросы науки международного права. – М., 1895. – 133 с.
17. Даневский В.П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Выпуск I-й. – Харьков, 1892. – 545 с.