



Ігор Ситар,

кандидат юридичних наук, доцент,

докторант кафедри теорії

держави і права

Національної академії

внутрішніх справ

УДК 340.143

Джерела права в контексті акультурації

Процес демократизації українського суспільства вимагає переосмислення змісту джерел права у контексті акультурації правової системи, її наближення до романо-германської правової сім'ї. Відтак підтримуємо позицію, що ґрунтується на розумінні поліджерельності правової сім'ї як засобу динамічного розвитку суспільних відносин. Але такий динамічний розвиток повинен відображати сутнісні (ціннісні) характеристики джерел права, які відповідають ідеалам добра і справедливості, зокрема природному праву.

Джерела права у романо-германській сім'ї, їх роль та сутнісна характеристика розглядалися у працях Р. Давида, Ж. Л. Бержеля, Р. Уолкера, Б. В. Скурко, Л. А. Луць, В. Д. Ткаченка, Д. В. Лук'янова, С. П. Погребняка, С. С. Алексеєва. Однак у контексті акультурації джерел права проблему досліджено недостатньо.

У романо-германській правовій сім'ї відсутнє єдине джерело права. Кожна з чисельних правових систем,

які входять до цієї сім'ї, має свої специфічні риси, обумовлені національними та історичними традиціями, особливостями правової культури й іншими факторами. Більше того, питання поняття джерела права є досить складним і дискусійним навіть усередині кожної правової системи [1, с. 84–85].

Російські компаративісти В. В. Бойцова і Л. В. Бойцова, досліджуючи правову систему Нідерландів, зазначають, що джерела права – це форми виразу позитивного права, які мають значення обов'язкових засобів ознайомлення з діючим правом [2, с. 22].

У романо-германському праві термін «джерело права» є багатозначним. Так, наприклад, Ж. Л. Бержель позначає цим терміном змістові (сутнісні) та формальні джерела права. На думку французького вченого, змістові (сутнісні) джерела права – це, передусім, творчі сили права, тобто моральні, філософські, релігійні,

політичні, соціальні й ідеологічні принципи, які покладені в основу правових норм і обумовлюють їх зміст. Своєю чергою, формальні джерела права – це засоби формування правових норм, тобто прийоми та акти, за допомогою яких правила стають складовою позитивного права і набувають статусу норм права [3, с. 97–98].

Джерела права поділяють на первинні та вторинні.

До первинних джерел права у всіх країнах романо-германського права належать нормативно-правові акти, які домінують над правовими звичаями. Іноді до первинних джерел права відносять і загальні принципи права.

Первинні джерела завжди мають обов'язкову юридичну силу, відіграють значну роль у соціальному житті, закріплюють найважливіші норми романо-германського права.

Вторинні джерела можуть мати певну юридичну вагу лише за відсутності первинних або якщо останні є неповними чи незрозумілими. Відтак їх використання не є обов'язковим. До вторинних джерел романо-германського права належать: судові прецеденти, наукові роботи відомих учених-юристів (доктрини) й інші неформальні джерела [4, с. 468–469].

Узагальнюючи вищезазначене, до всіх правових джерел романо-германського права віднесемо: а) нормативно-правові акти; б) правові звичаї; в) міжнародні договори; г) загальні принципи права; д) правову доктрину; е) судову практику (правові прецеденти) [5, с. 462].

Французький компаративіст Р. Давид зазначає, що спільними для всіх правових систем, які входять у романо-германську правову сім'ю, є такі джерела права:

а) нормативно-правові акти, насамперед закони;

б) звичаї, що формують систему норм і називаються звичаєвим правом;

в) судова практика, судові прецеденти, які є загально визнаним джерелом права, хоча в деяких країнах РГПС (зокрема в Німеччині) таке тлумачення іноді оскаржується;

г) міжнародні договори, які деякі дослідники прирівнюють до конституційних законів;

д) загальні принципи права, що зазвичай іменуються і розглядаються в науковій літературі як «вищі принципи», згідно з якими повинна відбуватися діяльність судових та інших державних органів;

е) доктрини, із застосуванням яких виробляється багато принципів романо-германського права і в законодавчому порядку створюються численні норми права, що диктують поведінку людей у різних сферах діяльності;

ж) судова практика та судові прецеденти [4, с. 463–464].

Джерелом романо-германського права вважають і право Європейського Союзу, Європейського суду з прав людини, оскільки всі країни вропи є членами Європейського Союзу.

У романо-германській правовій сім'ї спостерігається діалектичний взаємозв'язок між концепціями праворозуміння і джерелами права. оскільки те чи інше праворозуміння породжує певні джерела права чи є певною основою тлумачення існуючих джерел (до прикладу, природно-правова концепція).

Як зазначає російський дослідник А. М. Михайлов у праці «Ідея природного права: історія і теорія», природне право у західній традиції існує як основа регулювання суспільних відносин, що відображає дві картини світу: 1) позитивістську, засновану на первинності реально існуючих норм і відносин, і 2) природно-правову, що базується на моральній оцінці явищ і норм (де домінують справедливість, свобода, розум, добро і т. д.). Природне право стосовно позитивного права виконує

оціночну функцію. Позитивісти пов'язують позитивне право з реальною дійсністю, а природне право – із суб'єктивною оцінкою цієї дійсності, існуванням так званого ідеального еталона права, який в силу вищої природи оцінює позитивне право, вказуючи при цьому на його прогалини, суперечки, формалізм і т. д. [6, с. 401–402].

У найзагальнішому сенсі праворозуміння є визначальним уявленням про сутність чи природу права, і правоорзуміння повинно базуватися на «дуалізмі права», де існує взаємозв'язок позитивного та природного права. Тим самим визначається дуалізм права як прояву його онтологічної структури чи природи, тобто дуалізм двох існуючих вимірів єдиного феномена права [7, с. 78, 84].

Отже, можна зазначити, що природне право формує основу для нормативного регулювання суспільних відносин, вказуючи при цьому на онтологічні та метафізичні властивості права.

Тож природно-правова концепція праворозуміння є моральним критерієм усіх джерел права, в тому числі нормативно-правового акта, судової практики, правового звичаю, а в методологічному аспекті формує такі джерела права, як загальні принципи та правова доктрина.

Загальні принципи, на думку французького дослідника права Ж.-Л. Бержеля, – це положення (правила) об'єктивного права, які можуть втілюватися, а можуть і не втілюватися в законодавстві, але обов'язково застосовуються в судовій практиці і мають загальний характер [8, с. 167].

Традиційно принципами права вважають виражені в праві вихідні нормативно-керівні начала, що характеризують його зміст, основи, закріплені в ньому закономірності суспільного життя. Оскільки зміст права розкривається у вигляді ідей, керівних першооснов і принципів, то й поняття принципу права знаходить

свій пізнавальний потенціал головним чином на тому рівні теоретичного осмислення правової дійсності, на якому розглядаються особливості правових систем того чи іншого історичного типу. Власне тоді принципи права виступають у ролі начал, в яких акумулюються, збираються воедино, кристалізуються характерні риси тієї чи іншої суспільно-політичної формації [7, с. 75]. Як зазначає російський дослідник Е. В. Скурко у монографії «Принципи права», романо-германська правова сім'я дотримується секулярної традиції права, що характеризується іманентністю права суспільству та раціональністю. Іншими словами, секулярній традиції права властива передусім практична безапеляційність визнання вищого авторитету за писаним правом.

Писане право наділене вищою юридичною силою. У секулярній традиції принципи права є продуктом методу, який найбільш рельєфно проявляється у прийнятій юридичній техніці, що послуговується прийомами аналізу й синтезу індукції та дедукції, аналогії тощо.

Зміст, який вкладається в термін, що відповідає поняттю в юридичній практиці певної правової системи, може сам по собі становити варіант принципу права [9, с. 115–166].

Дослідник вказує і на такі властивості принципів права (максими – *prudential juris*):

– вихідним елементом застосування принципів права є правозастосування;

– принципи мають важливе значення для законодавчих досліджень;

– вони виробляються технікою тлумачення і впливають на неї [9, с. 121–122].

Слід зважати й на концепцію Р. Давида, який вважає основними ознаками загальних принципів права те, що вони:

1) існують як у самому законі, так і поза ним;

2) формуються та визнаються судовою владою;

3) панування загальних принципів над позитивним правом;

4) мають загальний характер;

5) мають владний характер, є суворими, обов'язковими до їх застосування [1].

Отже, слід зазначити, що загальні принципи права завжди у своїй онтологічній основі відповідають ідеям справедливості й регулюють суспільні відносини відповідним чином.

Природно-правова концепція втілюється в правовій доктрині. Юридична наука (правова доктрина) виробляє способи встановлення і реалізації права, систематизує юридичну дійсність, створюючи юридичні норми. Історія держави і права свідчить про те, що на певних етапах розвитку суспільства юридична наука виступала навіть у ролі офіційного джерела права.

У XIX–XXI ст. значення юридичної науки як формального офіційного джерела права зменшується, але її роль як неформального джерела для вдосконалення державно-правових інститутів зростає. В деяких країнах РГПС винесення судових рішень до сьогодні супроводжується посиланням на праці відомих юристів, але ці посилання виступають у ролі правової аргументації, а не обов'язкового джерела [10, с. 216].

Як зазначає М. М. Марченко у праці, присвяченій аналізу джерел романо-германського права, термін «доктрина» вживається у найширшому сенсі, а саме:

а) як вчення, філософсько-правова теорія;

б) як думка вчених-юристів з приводу тих чи інших питань, що стосуються змісту і сутності різних юридичних актів, з питань правотворчості й правозастосування;

в) як наукові роботи найавторитетніших дослідників у галузі держави і права;

г) як коментарі різних кодексів, окремих законів «анотованих версій» (моделей, різних нормативно-правових актів» [4, с. 516].

Правова доктрина виконує особливу роль:

а) створює понятійно-категоріальний та термінологічний, яким користується законодавець;

б) безпосередньо впливає на законодавця, який зазвичай виражає тенденції, що встановились у доктрині, і сприймає підготовлені нею пропозиції [1, с. 106].

У формуванні та розвитку романо-германського права правова доктрина, як зазначає Р. Давид, впливає на правозастосовну, правотлумачну (інтерпретаційну) й законотворчу діяльність [1].

З приводу вищезазначеного професор Еннексерус вказував, що завдання юридичної науки – «прокладення шляху» для законодавства [11, с. 154].

Правова доктрина і в наші дні у ряді правових систем континентального права є важливим джерелом права. Так, у Цивільному кодексі Швейцарії фіксуються норми, що дозволяють органам застосування права у випадку наявності прогалин у законодавстві виносити рішення на підставі праць знаних вчених-юристів у галузі цивільного права [10, с. 59]. Наприклад, відомими є випадки посилання на праці Гейса Кельзена «Чисте правознавство» [12] чи Рудольфа фон Іерінга «Дух римського права» [13].

Дослідники правової системи Нідерландів зазначають, що правова доктрина ніколи не визнавалася джерелом права, але є частиною правової системи, здійснює значний вплив на розвиток права, що є необхідною умовою систематичного та аналітичного його розвитку. До прикладу, праці Гуго де Грута та Гуго Гроція періоду золотого віку в голландській історії і науці (XVII – середина XVIII ст.) активно використовувались у зако-

нодавчій діяльності Нідерландів [2, с. 30].

Отже, правова доктрина як джерело права в романо-германській правовій сім'ї є наслідком природно-правової концепції праворозуміння, оскільки концептуальні засади, вироблені юридичною наукою, позитивно впливають на правову систему і є засобом справедливого регулювання.

Правова доктрина у романо-германському типі права займає особливе місце. Це зумовлено тим, що впродовж багатьох століть вона була чи не єдиним джерелом права, а нині впливає на законодавчу, правозастосовну, інтерпретаційну діяльність.

Правовий звичай та судова практика (прецедент) як джерела права – це результат соціологічної концепції праворозуміння.

Як зазначає Р. Давид у праці «Теорія звичаю», існує концепція соціологічного плану, яка домінуючу роль відводить звичаю як джерелу права, вважає його основою права, визначає способи його розвитку й застосування законодавцем, судьями, доктриною [1].

Правовий звичай – це правила поведінки, які склалися внаслідок фактичного його застосування впродовж довгого часу, що ніде в офіційних документах не записано, але визнається [10, с. 212]. Така тенденція є традиційною для загальної теорії права, що існує у правових системах постсоціалістичного типу.

Існують наступні види звичаю: а) які доповнюють закон (*Secundum legem*); б) які діють замість закону (*Proeter legem*); в) які діють всупереч закону (*Adversus legem*) [1].

Також слід зазначити, що держава надає правового характеру (легітимності) звичаю двома шляхами: судовим і законодавчим.

Судовий спосіб є основним. Як зауважує німецький дослідник цивільного права Л. Еннекцерус, звичаєве право виникає головним

чином із судової практики [11, с. 146].

У даному випадку йдеться про застосування звичаю судом, а рішення суду, яке засноване на звичаї, забезпечується примусовою силою держави. Фактично цей звичай санкціонується державою. Без судового визнання звичай не є обов'язковим і, отже, не може бути визнаним правовим.

Законодавче визнання звичаю відбувається в разі посилання в тексті закону на дотримання певного звичаю. У такий спосіб держава наділяє їх юридичним характером, роблячи обов'язковими для суду та вказуючи на умови їх застосування. Взагалі закон нерідко апелює до місцевих звичаїв [14, с. 103–104].

У темпоральному аспекті звичаї не є застиглими, вони можуть змінюватися, набувати іншої форми. Їх модифікація залежить від економічних, соціальних та інших причин, а основним суб'єктом модифікації є держава (органи, суд, парламент).

Отже, правовий звичай у романо-германській правовій сім'ї посідає особливе місце через наявність потужних традицій, зокрема культурних. Правовий звичай діє у трьох формах: як доповнення до закону, замість закону, всупереч закону. Звичаєве право є наслідком соціологічного праворозуміння і відображає культурний феномен у розвитку правової системи.

Акультураційні процеси, які відбуваються у правовій системі України, базуються на розуміння сутності джерел права, специфіки право розуміння та онтологічних основ права.

Сутнісні характеристики правових джерел, тобто моральні, філософські, релігійні, політичні, соціальні й ідеологічні принципи, які покладені в основу правових норм і обумовлюють їх зміст, – це творчий потенціал права, який є основою акультураційних процесів.

Акти, які застосовуються в правій системі України в контексті акультурації, повинні базуватися на ідеях природного права.

Список використаних джерел

1. *Давид Р.* Основные правовые системы современности / Рене Давид, Жоффре Спинози К.; пер. с фр. В. А. Туманова. – М.: Междунар. отношения, 2003. – 400 с.
2. *Бержель Ж. Л.* Общая теория права: пер. с фр. / Ж. Л. Бержель; под. общ. ред. В. И. Даниленко. – М.: NOTA VENE, 2000. – 576 с.
3. *Алексеев С. С.* Общая теория права: учебник / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб и доп. – М.: Велби; Проспект, 2008. – 576 с.
4. *Уолкер Р.* Английская судебная система: пер. с англ. / Р. Уолкер. – М.: Юрид. лит., 1980. – 631 с.
5. *Шершеневич Г. Ф.* История философии права / Г. Ф. Шершеневич. – СПб.: Лань, 2001. – 528 с.
6. *Афанасьев А. П.* Мудрость или нравственная философия здравого смысла: исследования, размышления / А. П. Афанасьев. – 2-е изд., испр. – М.: ООО «ТИД «Русское слово»-РС», 2001. – 528 с.
7. *Скурко Б. В.* Принципы права: монография / Б. В. Скурко. – М.: Ось-89, 2008. – 192 с.
8. *Алексеев С. С.* Общая теория права: учебник / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб и доп. – М.: Велби; Проспект, 2008. – 576 с.
9. *Лазарев В. В.* Теория государства и права: учебник / В. В. Лазарев, С. В. Липень. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Спарк, 2000. – 511 с.
10. *Эннекцерус Л.* Курс германского гражданского права: пер. с нем. / Л. Эннекцерус. – М.: Иностранная литература, 1949. – 436 с.
11. *Луць Л. А.* Сучасні правові системи світу: навч. посібник / Л. А. Луць. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету ім. Ів. Франка, 2003. – 247 с.
12. *Кельзен Ганс.* Чисте правознавство / Ганс Кельзен; пер. з нім. О. Мокровольського. – К.: Юніверс, 2004. – 496 с.
13. *Масловская Е. В.* Социология права: классические и современные теории: учеб. пособие / Е. В. Масловская, М. В. Масловская. – Нижний Новгород: Изд-во ННГУ, 2008. – 94 с.
14. *Ткаченко В. Д.* Порівняльне правознавство: підручник / В. Д. Ткаченко, С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов; за ред. В. Д. Ткаченка. – Х.: Право, 2003. – 274 с.

Ситар І. М. Джерела права в контексті акультурації

Аналізуються джерела романо-германської правової сім'ї в контексті акультураційних процесів, що відбуваються на макро- й на мікрорівнях. Поліджерельність права розглядається в загальнотеоретичному аспекті, подаються також сутнісні (онтологічні) характеристики цих джерел права.

Ідеться про те, що в процесі акультурації національна правова система може змінюватися, зважаючи на творчий потенціал права, тобто з огляду на моральні, філософські, релігійні, політичні, соціальні й ідеологічні принципи, які покладені в основу правових норм і обумовлюють їх зміст.

Ключові слова: джерела права, сутнісні джерела права, формальні джерела права, загальні принципи права, правова доктрина, правовий звичай, нормативно-правовий акт.

Ситар И. М. Источники права в контексте аккультурации

Анализируются источники романо-германской правовой семьи в контексте аккультурационных процессов, происходящих на макро- и на микроуровнях. Многоисточниковость права рассматривается в общетеоретическом аспекте, предлагаются также сущностные (онтологические) характеристики этих источников права.

Речь идет о том, что в процессе аккультурации национальная правовая система может изменяться, учитывая творческий потенциал права, т. е. моральные, философские, религиозные, политические, социальные и идеологические принципы, которые положены в основу правовых норм и обуславливают их содержание.

Ключевые слова: источники права, сущностные источники права, формальные источники права, общие принципы права, правовая доктрина, правовой обычай, нормативно-правовой акт.

Sytar I. Legal sources in the context of acculturation

It analyzes the sources of Romano-Germanic legal family in the context acculturation processes occurring at macro and micro levels. Poly sourcing of law is considered in general theoretical terms, served as intrinsic (ontological) characteristics of these sources of law. This refers to the fact that in the process of acculturation the national legal system may change, given the creativity of law, i.e. the moral, philosophical, religious, political, social and ideological principles that form the basis of law and determine their content.

Key words: legal sources, intrinsic legal sources, formal legal sources, general principles of law, legal doctrine, legal custom, legal act.