

культурної автономії згідно з чинним законодавством. Отже, фінансове забезпечення національно-культурної автономії повинно здійснюватися за рахунок коштів: національно-культурної автономії, приватних осіб, державного та місцевих бюджетів. Можна передбачити також утворення спеціальних фондів, які б акумулювали державні та громадські кошти, інші фінансові надходження, в тому числі від іноземних держав, міжнародних організацій та приватних осіб.

Звичайно, деякі положення цієї концепції у подальшому можуть і повинні вдосконалюватися. Але важко заперечувати, що цей законопроект конче потрібний значній частині громадян України для задоволення їх прав на національно-культурне самовизначення у певних організаційно-правових формах.

Наприкінці слід зазначити, що громадянське суспільство неможливо уявити поза системою добровільних об'єднань, які безпосередньо забезпечують самореалізацію особи та колективів. Конституційне право на об'єднання (самоорганізацію) поряд з іншими природними правами має велике соціально-політичне і юридичне значення та посідає важливе місце у людській діяльності щодо реалізації життєвих потреб у цілому та національно-культурних зокрема.

*Надійшла до редколегії 25.03.01*

**В. Гайворонський**, професор НЮА  
України

## **Джерела права**

За традицією в системі окремих галузевих наук, навчальних курсів розглядається питання про джерела права. В літературі здавна звертається увага на багатозначність і нечіткість цього поняття, а також численність джерел права. Однак у радянській правовій системі джерелом права здебільшого визнавалися нормативно-правові акти. Не змінилися погляди правників із цього приводу і зараз. У нещодавно виданому посібнику з господарського права читаємо типову формулу: «Основними

джерелами господарського права є саме закони та інші нормативні акти»<sup>1</sup>.

Отож, джерела права в багатьох випадках ототожнюються з його формами. Так, В. Шаповал зазначає, що формами існування будь-якої галузі національного права є нормативно-правові акти, які належать до формальних джерел права<sup>2</sup>. Ту ж саму ідею проводять і автори підручників з теорії держави і права, які визнають юридичні джерела (форми) або соціально-спеціальні джерела офіційно-документальними форми вираження і закріплення норм права, що виходять від держави і надають їм юридичне, загальнообов'язкове значення (нормативно-правові акти, правові прецеденти, правові договори, правові звичаї, правові доктрини, релігійно-правові норми, міжнародно-правові акти).

До загальносоціальних джерел права відносять економічні, соціальні, політичні, морально-культурні та інші фактори, що породжують або об'єктивно обумовлюють виникнення правових норм. Тут уже про форму не йдеться<sup>3</sup>.

В російській літературі зустрічається ще більша градація. Розрізняють матеріальні, ідеальні та юридичні джерела права. Матеріальні джерела, як зазначається в одному з підручників з теорії держави і права, кореняться насамперед у системі об'єктивних потреб суспільного розвитку, своєрідності даного способу виробництва. Вони мають бути усвідомлені і скориговані законодавцем відповідно до рівня його правосвідомості та політичної орієнтації. Останні обставини у своїй сукупності складають джерела права в ідеальному розумінні.

Результат ідеологічного усвідомлення об'єктивних потреб суспільного розвитку через низку правотворчих процедур одержує об'єктивоване вираження в юридичних актах, які є юридичним джерелом права. В цьому разі джерела права в юридичному розумінні та форми права збігаються за своїм змістом<sup>4</sup>.

Але в деяких виданнях поняття «джерела права» і «форми права» не ототожнюються. Вони, за твердженням авторів, ті-

<sup>1</sup> Щербина В. С. Господарське право України. — К., 1999. — С. 3.

<sup>2</sup> Див.: В. Шаповал. Конституція як форма (джерело) конституційного права України (питання теорії) // Право України. — 1999. — № 6. — С. 5.

<sup>3</sup> Див., напр.: Скаун О. Ф. Теория государства и права. — Х., 2000. — С. 334.

<sup>4</sup> Див.: Теория государства и права. М., 1997. — С. 330.

сно взаємопов'язані, але не збігаються. Якщо «форми права» показують, як зміст права організовано і виражено зовні, то «джерела права» — це витoki формування права, система факторів, що визначають його зміст і форми вираження<sup>1</sup>.

За давнішньою традицією в германо-романській правовій системі основним джерелом права визнавалось писане право — нормативні акти. В юридичній літературі дореволюційної Росії переважала думка, що саме ці форми об'єктивування юридичних норм, які слугували визнанням їх обов'язковості, звуться джерелами права<sup>2</sup>.

Однак і в ті часи такий підхід до розуміння джерел права викликав заперечення. Так, Л. Петражицький на запитання: «Що таке джерела права?» відповідав, що за загальновизнаним розумінням до них належить законне право (чи закони) та звичаєве право. За існуючою, хоч і не загальновизнаною думкою, сюди слід віднести також право судової практики. Різноманітність поглядів на джерела права Л. Петражицький вбачав у тому, що одні дослідники визначають джерела права як форму створення права, другі — як підставу виникнення права, треті — як фактори, що обґрунтовують право в об'єктивному розумінні, четверті — як ознаки обов'язковості юридичних норм, п'яті — як різні форми вираження права, тобто загальної волі і т. д. Відповідно до цього, підсумовує автор, теперішнє вчення про «джерела права» слід перейменувати на вчення про позитивне право та його різновиди<sup>3</sup>.

Думка про те, що поняття «джерела права» і «форми права» мають різне значення і не можуть ототожнюватися, висловлювалась і видатним українським правником С. Дністрянським. Він вважав, що право має свої джерела (суспільні зв'язки), соціальні основи (звичаї, авторитет суспільного зв'я-

<sup>1</sup> Див.: Теория государства и права / Под ред. Н. М. Матузова, А. В. Малько. — М., 1997. — С. 329.

<sup>2</sup> Див.: Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1983. — С. 283. Аналогічно пояснювали поняття джерел (форм) права і деякі інші правники. Г. Ф. Шершеневич віддавав перевагу терміну «форми права» і він мав рацію, бо форма — це спосіб існування і зовнішнього вираження змісту, а джерела — це те, від чого виникає, походить щось. Отже, законодавство — це форма права, а не його джерело.

<sup>3</sup> Див.: Петражицький Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 1910. — Т. II. — С. 512–513.

зку, воля членів останнього) та певні соціальні форми (звичайне право, закони, «право юристів», судове право)<sup>1</sup>.

Деякі автори, наприклад А. Федоров, до джерел права, зокрема торгового та цивільного, відносили крім позитивного чи писаного права також звичаї, судову практику та, умовно, науку. Аргументи при цьому такі.

Торгові звичаї спочатку були головним джерелом торгового права, але з розвитком законодавчої діяльності і внесенням до кодексів найбільш поширених звичаїв, вони стали відходити на другий план порівняно з писаним правом. Що стосується судової практики — вона може слугувати лише посередницьким джерелом права, впливаючи на виникнення норм позитивного або звичаєвого права<sup>2</sup>.

Наука може вважатися джерелом права також лише умовно: вона роз'яснює чинне право, тлумачить його, на цій підставі іноді сприяє подальшому його розвитку, деколи виробляючи, з метою заповнення прогалин, нові правові положення у зв'язку з вивченням життєвих явищ. Здобуті ж наукою правові положення, у свою чергу, подібно до положень судової практики, можуть стати підставою вироблення норм звичаєвого або позитивного права, що є вже безпосереднім джерелом права.

Висновок згаданого автора: як судова практика, так і наука мають особливо велике значення у нас, з огляду, з одного боку, незадовільності нашого торгового законодавства, а з іншого — нерозробленості нашого звичаєвого права<sup>3</sup>.

Ми можемо повністю погодитись із цим висновком, маючи на увазі сучасне українське законодавство взагалі і господарське зокрема. З огляду на те, що за радянської влади юридична наука традиційно обмежувалася лише роз'ясненням, тлумаченням, апологетикою радянського законодавства, важливо підняти її на якісно новий рівень, використовуючи набутки, одержані за роки незалежності нашої держави.

<sup>1</sup> Див.: *Возний В.* Правова концепція С. Дністрянського // *Право України.* — 1999. — № 6. — С. 116.

<sup>2</sup> Див.: *Федоров А. Ф.* Торговое право. — Одесса, 1911. — С. 112, 117, 124.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 125. Щодо українського звичаєвого права, значну складову частину якого становило «козацьке право», то його роль, як відомо, у XVI — XVIII ст. була досить великою. Особливо високого рівня розвитку воно досягло в період Нової Січі, але надалі, з втратою Україною державно-правової автономії, було втрачене і звичаєве право.

Щодо розбіжностей у питанні про джерела права, то вони існують, як зауважив свого часу Л. Петражицький, і на підставі нез'ясованості питання про те, що таке право<sup>1</sup>. В наш час, коли і в Конституції України проголошене верховенство права (ст. 8), а не закону, не залишається підстав для їх ототожнення. Принцип верховенства права, зазначається у новітній юридичній літературі, має сенс лише у разі, якщо право розуміється не як сукупність норм, встановлених державою, а як сукупність правил належного, правил поведінки (масштабу, міри), корпусу правил, які легітимовані суспільством, базуються на історично досягнутому рівні соціальної етики<sup>2</sup>.

Таке розуміння права має формуватися, на наш погляд, на поєднанні «раціональних зерен» концепції природного права та урахуванні принципу історизму. Згідно з ними право і закон розмежовуються, першість належить праву як нормативному закріпленню справедливості, що базується на природних правах людини, які є невід'ємними внаслідок її народження, а закон розглядається як його форма, покликана відповідати праву як його змісту<sup>3</sup>.

При зростаючому ускладненні суспільних відносин право все більше привертає увагу юристів, які є представниками і виразниками професійної правової свідомості і формулюють його відповідно до своїх переконань, заснованих на аналізі суспільної думки, запитів практики, досвіду правозастосування.

На жаль, у деяких підручниках з теорії держави і права, навіть шойно виданих, право і досі визначається як система норм (правил поведінки) і принципів, що встановлені або визнані державою як регулятори суспільних відносин і формально закріплюють міру свободи, рівності і справедливості<sup>4</sup>. Виходить, держава має дозувати не тільки свободу, рівність, а й справедливість.

<sup>1</sup> Див.: *Петражицький Л. И.* Вказ. праця. — С. 616.

<sup>2</sup> Див.: *Заєць А.* Принципи верховенства права (теоретико-методичне обґрунтування) // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 1. — С. 3.

<sup>3</sup> В радянський період вважалося, що таке розуміння права є негативним явищем, не характерним для соціалізму. За словами Р. Халфіної, відмінність права і закону, за якою право розглядається як щось більш високе, що стоїть над законом, і є критерієм справедливості, може бути цілком застосоване в умовах експлуататорського суспільства (див.: *Халфіна Р. О.* Что есть право: понятие и определение // Сов. государство и право. — 1984. — № 11. — С. 23).

<sup>4</sup> Див.: *Скакун О. Ф.* Вказ. праця. — Х., 2000. — С. 235.

Та й авторам, які розуміють право не просто як сукупність норм, встановлених державою, теж бракує послідовності. Так, А. Заєць, конкретизуючи принцип вищості, верховенства права, стверджує, що він включає в себе і принцип верховенства Конституції та законів України<sup>1</sup>. Тим часом принцип верховенства права характеризує первинність права перед державою, що не можна плутати з верховенством його «формальних джерел» — конституції та законів над іншими нормами права.

Яскравим прикладом розбіжності права і законодавства є Нюрнберзький процес, де підсудні, захищаючись, висували, зокрема, такі аргументи: на якій підставі їх судять? Як громадяни німецької держави вони виконували її закони, а отже, діяли правомірно. Однак відомо, що самі ці акти були несправедливими, антиправовими, оскільки суперечили природним правам людини, народів, людства — насамперед правам на життя, мир, свободу<sup>2</sup>.

Отож давня, дореволюційна традиція, збережена в Радянському Союзі, дається взнаки і зараз, коли настав час переосмислення віддиференціювання, які з методологічно значущих положень цього періоду: а) лишаються й нині слухними і зберігають значні евристичні потенції; б) спростовані суспільною практикою як такі, що вже первісно були помилковими; в) були правильними за певних історичних умов, але внаслідок зміни останніх втратили свою обґрунтованість<sup>3</sup>.

Такий підхід уявляється необхідним передусім до фундаментальних положень юридичної науки, якими є поняття права та його джерел. Визначення права як волі панівного класу, піднесеної до закону, безумовно викликає заперечення. Але ж і при такому його розумінні не закон, а воля панівного класу є джерелом права, яка лише набуває форми закону. Отже, закони та інші нормативні акти — це форма права. А щоб форма (закон) відповідала змісту (праву), слід виходити із стародавнього, але непорушного положення: *jus est ars boni et aequi* — право є наука про те, що добре і справедливо. Але

<sup>1</sup> Див.: Заєць А. Принцип верховенства права. — С. 4.

<sup>2</sup> Див.: Рабінович П. Загальна декларація прав людини — вселюдський ідеал гуманізму (до 50-річчя прийняття) // Право України. — 1998. — № 12. — С. 8–9.

<sup>3</sup> Див.: Рабінович П. М. Методологія правознавства: проблеми плюралізації // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 3. — С. 82.

при цьому треба мати на увазі, що уявлення про одвічну справедливість змінюється. Це положення лишається і нині слушним і зберігає свій загальнозначущий характер завдяки постійному змінюванню<sup>1</sup> під впливом тих факторів, які в цитованих вище виданнях визначаються як матеріальні джерела права — системи об'єктивних потреб суспільного розвитку, своєрідності даного способу виробництва та внутрішніх суперечностей у суспільстві, що полягають, зокрема, у протилежності між новим соціальним господарством і старим правовим устроєм<sup>2</sup>.

Це, так би мовити, «глибинні» джерела права. Люди, усвідомлюючи їх, «намагаються усунути суперечності, що випливають із безпосереднього переведення економічних відносин в юридичні принципи, і установити гармонійну правову систему<sup>3</sup>». Але практика законотворення останнього часу особливо яскраво свідчить про те, що неможливо створити окремий закон, а тим більше галузь чи цілу систему законодавства, яка б відповідала сучасним вимогам справедливості, без ґрунтовної наукової розробки її концепції. Законодавство має формуватися на підставі ретельно виважених та апробованих світовою практикою наукових висновків, а не відповідно до уявлень та прагнень окремих осіб чи угруповань.

Щодо світової практики, то, за свідченням Рене Давида, протягом тривалого часу основним джерелом права в романо-германській правовій сім'ї була доктрина. Саме в університетах були головним чином відпрацьовані у період XIII–XIX ст.ст. основні принципи права. І лише порівняно недавно первинність доктрини було замінено первинністю закону. Це має сенс лише якщо припустити (як це робила думка, що панувала у Франції у XIX ст.), що все право виявляється у правових нормах, які виходять від публічної влади. Однак така думка суперечить всій романо-германській правовій традиції і уявляється неприйнятною<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Див.: *Фридрих Август фон Хайек*. Пагубная самонадеянность. Ошибки социализма. — М., 1992. — С. 257.

<sup>2</sup> Див.: *Штаммлер Рудольф*. Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. — СПб., 1907. — Т. 2. — С. 73.

<sup>3</sup> *Маркс К, Энгельс Ф.* Твори. — Т. 37. — С. 395.

<sup>4</sup> Див.: *Рене Давид, Камилла Жоффри-Спинози*. Основные правовые системы современности. — М., 1998. — С. 105, 106.

Традиція ця своїм корінням сягає ще Давнього Риму. Юстиніанівські тексти, зазначають американські правники Г. Дж. Берман і Ч. Дж. Рейд, здебільшого не були законами і не були придатними для прямого застосування. Однак, вони були джерелом позитивного права, насамперед канонічного, а також інших правових систем<sup>1</sup>.

Для тих, хто зважає на реальність і має більш широкий і, з нашої точки зору, пише Рене Давид, більш правильний погляд на право, доктрина в наші дні, так само як і в минулому, становить дуже важливе і вельми життєве джерело права. Ця її роль виявляється у тому, що саме доктрина створює словник і правові поняття, якими користується законодавець. Важлива роль доктрини в установленні тих методів, за допомогою яких відкривають право і тлумачать закони. Додамо до цього вплив, який доктрина може мати на самого законодавця, останній часто лише висловлює ті тенденції, що усталилися в доктрині, і сприймає підготовлені нею пропозиції. І було б важко, не спотворюючи дійсність, заперечувати за нею якість джерела права<sup>2</sup>.

Закон як форма права внаслідок суворості його викладення уявляється кращим технічним способом закріплення чітких норм в епоху, коли складність суспільних відносин висуває на перший план точність і ясність їх формулювання. Закон як форма права може відповідати чи не відповідати змісту — праву. Бо саме по собі право, за Рене Давидом, це дещо більше, ніж тільки закон і воно підкоряється велінням справедливості у тому вигляді, як остання розуміється в певну епоху і певний момент<sup>3</sup>.

Однобічне позитивістське поняття права піддається критиці й іншими правниками. За словами німецького філософа права О. Хоффе, це поняття знає лише юридичну норму і нічого не хоче знати про інший вимір права, який називається легітимністю на відміну від легальності<sup>4</sup>.

Отже, доктрину слід віднести до джерел права в дійсному значенні цього поняття як правоутворюючу силу.

<sup>1</sup> Див.: Берман Г. Дж., Рейд Ч. Дж. Римское право и общее право Европы // Государство и право. — 1994. — № 12. — С. 105.

<sup>2</sup> Див.: Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози. Вказ. праця. — С. 106.

<sup>3</sup> Див.: Там само. — С. 77, 78, 108.

<sup>4</sup> Див.: Хоффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. — М., 1994. — С. 77.



Що стосується судової практики, що теж багатьма вважається джерелом права, то вона, за Рене Давидом, відіграє творчу роль тією мірою, якою у кожній країні можливо в цьому процесі віддалятися від простого тлумачення<sup>1</sup>. Наприклад у таких країнах, як Франція чи ФРН, судова практика в деяких сферах відіграє провідну роль у розвитку права, де доктринальні твори часто є нічим іншим, як викладенням і узагальненням судової практики.

Та й кожне рішення суду, за визначенням Федерального конституційного суду ФРН, має містити результати його творчості, а не бути простим застосуванням закону. Право не тотожне закону, сказано в одному з його рішень. На противагу позитивним приписам державної влади може існувати право і поза ними, яке здатне корегувати писані закони; завдання правосуддя — відшукати це право і фіксувати у рішеннях<sup>2</sup>. В цьому аспекті судова практика може виконувати роль форми права.

В Англії, де вплив університетів і доктрини був значно слабшим, ніж на континенті, а загальний перегляд права ніколи не здійснювався законодавцем у формі кодифікації, пізнання його джерел, за словами Рене Давида, слід розпочати саме з вивчення судової практики<sup>3</sup>.

Якщо судова практика у країнах «писаного права» відіграє другорядну роль, судові рішення можуть мати певний авторитет, однак вони не розглядаються, крім надзвичайних випадків, як фіксація норм права, то зовсім інше становище в країнах англосаксонської системи. Судова практика в цих країнах не тільки застосовує, а й постійно створює норми права. Правила, що містяться в судових рішеннях, мають застосовуватися і надалі<sup>4</sup>.

Правда, обов'язкові прецеденти створюють тільки рішення, що надходять від високих суддів, тобто Верховного суду і Палати лордів. Рішення інших суддів та квазісудових органів можуть слугувати прикладом, але не створюють обов'язкового прецеденту. Отже, рішення судів, які є прецедентами, — це не джерела права, а його форма, бо вони фіксують норми права.

<sup>1</sup> Див.: Рене Давид, Камілла ЖофFRE-Спинози. Вказ. праця. — С. 96, 97.

<sup>2</sup> Цит. за: Четвернин В. А. Современные концепции естественного права. — М., 1988. — С. 28.

<sup>3</sup> Див.: Рене Давид, Камілла ЖофFRE-Спинози. Вказ. праця. — С. 248.

<sup>4</sup> Див.: Там само. — С. 256.

Розглядаючи звичай як джерела права, той же Рене Давид зазначає, що його роль, у всякому разі зовні, дуже обмежена, якщо він в принципі і не заперечується доктриною. Отже, підсумовує автор, за рідкими винятками звичай втратив у наших очах характер самостійного джерела права. Точнішим уявленням про роль звичаю стане тоді, коли відродять традицію і перестануть ототожнювати право і закон. Звичай, однак, не має значення сам по собі. Він важливий лише у тій мірі, в якій слугує знаходженню справедливого рішення<sup>1</sup>.

З цим висновком важко не погодитися. Проте, знову таки, звичаї, хоча вони в більшості випадків набувають усної або навіть мовчазної форми, — це теж форма, а не джерело права.

Джерела права за різних часів і в різних країнах визначалися по-різному. А в Англії, як у Франції, при всій відмінності шляхів формування права завжди існувала одна і та ж концепція: вважалося, що основою права є перш за все розум. Ця концепція була відкинута на континенті у ХІХ ст. з перемогою доктрини правового позитивізму, коли злили воедино поняття «право» і «закон».

Але в наші дні спостерігається тенденція до її відродження. В Англії ця концепція зберігається, бо там право вважається плодом розуму і його відрізняють від закону. Нам хотілося б акцентувати ідею позанаціонального права, що ґрунтується на розумі.

Отже, як для вітчизняного, так і позанаціонального права важливим його джерелом у наш час стає наука. Саме вона покликана досягти відповідності форми права (законодавства) його змісту — праву, його сутності. Саме тому слід підвищити роль юридичної науки як джерела права, правотворчої сили, що визначає вибір напрямків у правовому регулюванні суспільних відносин, впливає на характер їх розвитку. В законодавчому процесі саме вона має забезпечувати правовий характер законів при їх підготовці, експертній оцінці, виявленні, усуненні прогалин, колізій у праві та запобіганні їм.

*Надійшла до редколегії 15.08.01*

<sup>1</sup> Див.: Рене Давид, Камілла ЖофFRE-Спинози. Вказ. праця. — С. 95.