

УДК 34.01
ББК Х062.03
П 18

*Рекомендовано до друку
Вченою радою Інституту держави і права
ім. В.М. Корецького НАН України
(протокол № 4 від 22.04. 2008 р.)*

Рецензенти:

- Сіренко В.Ф.** – головний науковий співробітник Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, д.ю.н., професор, член-кореспондент НАН України;
- Зайчук О.В.** – заступник директора Інституту законодавства Верховної Ради України, д.ю.н., професор, член-кореспондент АПрН України;
- Тихомиров О.Д.** – професор кафедри теорії держави і права Київського національного університету внутрішніх справ, д.ю.н., професор.

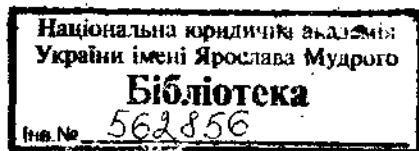
П 18 Пархоменко Н.М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Монографія. – К.: ТОВ «Видавництво „Юридична думка”», 2008. – 336 с.

ISBN 978-966-8602-63-4

Монографія присвячена висвітленню однієї із актуальних теоретико-методологічних проблем юридичної науки – інтерпретації джерел права на засадах плюралістичного підходу, заснованого на визнанні багатоманітності сучасних теорій права, розмаїтті правової реальності та множинності методологічних підходів до її пізнання. Дослідження джерел права здійснюється з урахуванням особливостей їх місця та ролі в різних правових сім'ях, сучасних процесах глобалізації та інтеграції правових систем.

Розрахована на наукових та науково-педагогічних працівників, аспірантів, студентів вузів юридичного профілю, а також широке коло читачів, що цікавляться зазначеними проблемами.

ББК Х062.03



ISBN 978-966-8602-63-4

© Н.М. Пархоменко, 2008
© ТОВ «Видавництво „Юридична думка”», 2008

Зміст

ПЕРЕДМОВА	4
РОЗДІЛ 1. Теоретико-методологічні основи дослідження джерел права	
1.1. Методологія дослідження джерел права	7
1.2. Понятійний апарат теорії джерел права	35
1.3. Загальні ознаки джерел права	78
1.4. Функції джерел права	111
РОЗДІЛ 2. Джерела права: сутність та види	
2.1. Теоретичні засади класифікації джерел права	127
2.2. Джерела права у формально-юридичному розумінні	150
2.3. Система джерел права та принципи її побудови	181
РОЗДІЛ 3. Джерела права у світлі концепцій праворозуміння	
3.1. Джерела права в класичних концепціях праворозуміння	208
3.2. Джерела права в контексті сучасних концепцій праворозуміння	240
3.3. Українська юридична думка щодо проблем джерел права	262
РОЗДІЛ 4. Перспективи розвитку джерел права	
4.1. Основні напрями інтеграції систем джерел права різних правових сімей	283
4.2. Сучасний стан, тенденції розвитку та удосконалення системи джерел права України	304
ПІСЛЯМОВА	332

Передмова

Державотворення та правотворення в Україні кінця ХХ – початку ХХІ століть характеризується проведенням економічної, політичної, судової, адміністративної, політико-правової реформ, метою яких є підвищення ефективності державного управління, формування громадянського суспільства, забезпечення прав і свобод людини і громадянина, стабільності та правопорядку.

Основою цих процесів є оновлення системи права України, розпочате прийняттям у 1996 році Конституції України, у якій вперше було визнано й закріплено принцип верховенства права, втілення якого в життя потребує нового теоретико-методологічного опрацювання проблем розуміння сутності права взагалі та джерел права зокрема, проведення комплексних теоретичних досліджень поняття, видів і тенденцій розвитку системи джерел права в Україні. Важливість розв'язання цієї проблеми зумовлено також активізацією досліджень розуміння права та форм його прояву.

Плюралізм праворозуміння дає можливість дослідити різні сторони, вияви та характеристики права як складного, багатоаспектного явища, що розвивається, взагалі та однієї з форм його вияву – джерел права, зокрема.

Актуальність дослідження також зумовлена змінами міжнародного правопорядку, світовими глобалізаційними процесами, що вимагають перегляду концепції панування та верховенства закону, визнання множинності джерел права, утвердження загальносоціальних цінностей, оновлення усталеного погляду на джерела права, їх розгляд як системно-пов'язаних елементів.

Проведення такого дослідження дасть змогу поглибити зміст теорії джерел права, визначити її систему та структуру, що сприятиме удосконаленню понятійного апарату теорії права, посиленню і збагаченню її методологічної функції щодо галузевих юридичних наук.

Як відомо, проблеми визначення сутності права та форм його вияву були предметом дослідження ще з часів Античності. Еволюція розумін-

ня права та його джерел відбувалась протягом багатьох століть. Отже, джерельну базу дослідження становлять роботи стародавніх мислителів, середньовіччя та нового часу, а також зарубіжних і вітчизняних учених ХХ та ХХІ століть. Зокрема, у дореволюційний період зазначені проблеми досліджували М.М. Коркунов, Г.Ф. Шершеневич. У радянський та пострадянський періоди серед російських дослідників окремі аспекти сутності, змісту та класифікації джерел права вивчали: М.Г. Александров, С.С. Алексєєв, М.Й. Байтін, С.В. Боботов, Р.Ф. Васильєв, А.І. Васильєв, С.Л. Зівс, В.Н. Карташев, Д.А. Керімов, С.Ф. Кечек'ян, Є.А. Лукашова, О.В. Міцкевич, В.С. Нерсєсянц, І.С. Самошенко, С.А. Сосна, В.М. Сінюков, В.М. Сирих, А.С. Піголкін, С.В. Поленіна, Н.Н. Разумович, Ф.М. Решетніков, Ю.О. Тихомиров, О.Ф. Шебанов, Б.В. Шейндлін, Р.О. Халфіна, Р.Л. Хачатуров та ін. На сучасному етапі важливий внесок у дослідження проблем джерел права зробили такі російські правознавці: С.В. Бошно, І.Ю. Богдановська, М.М. Вопленко, Ф.М. Гаджинова, Н.Л. Гранат, Т.В. Гурова, М.М. Марченко, Г.І. Муромцев, О.Г. Мамонтов, П.А. Оль, А.В. Поляков.

Серед зарубіжних досліджень зазначених проблем слід назвати роботи В. Бернхєма, Ж.-Л. Бержєля, Г. Дж. Бермана, Х. Кьотца, Р. Кроса, Д. Рєне, Ф.А. Хайєка, К. Цвайгерта.

Вітчизняна дореволюційна правова думка сформулювала низку оригінальних підходів до права. Проблеми джерел права вивчали такі правознавці, як: М.А. Гредескул, С.С. Дністряньський, О.О. Жилін, Б.О. Кістяківський, М.М. Ковалєвський, К.О. Нєволін, М.І. Палєнко, С.В. Пахман, М.К. Рєнненкамлф, Є.В. Спєкторський, Ф.В. Тарановський, А.М. Фатєєв, М.Ю. Чижов.

Серед сучасних вітчизняних дослідників слід згадати роботи В.Д. Бабкіна, В.С. Журавського, О.В. Зайчука, А.П. Зайця, Л.А. Луць, О.Г. Мурашина, П.О. Недбайла, Ю.М. Оборотова, Н.М. Оніщенко, М.П. Орзіха, Л.В. Петрової, П.М. Рабіновича, В.М. Сєліванова, О.Ф. Скаун, Р.Б. Тополєвського, Ю.С. Шємшучєнка.

Дослідженню окремих видів джерел права присвятили роботи А.В. Грищенко, Г.І. Дутка, Б.В. Малишев, С.В. Місєвич, Д.М. Михайлович, І.М. Овчарєнко, О.А. Татарчук, Д.Ю. Хорошковська та ін.

Входження України у європейський правовий простір, необхідність імплємєнтації Україною міжнародних угод, адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу зумовили розроблення актуальних напрямів інтеграційно-правових наукових досліджень. Для української юридичної науки така постановка проблеми є відносно но-

вою. Окремі аспекти стали предметом досліджень В.Г. Буткевича, С.А. Войтовича, Ю.Д. Ільїна, В.Ю. Крушинського, В.В. Копійки, В.А. Манджолі, В.І. Муравйова, В.Ф. Опришка та ін.

Ці дослідження зумовили інтерес автора до зазначеної проблематики та склали теоретичну основу монографії. Не претендуючи на вичерпне висвітлення всіх питань, що порушуються, авторка намагалася зробити свій внесок в їх подальше розроблення, привести нові аргументи на користь деяких положень, що вже висувались у науці, висвітлити актуальні питання теоретико-методологічних засад джерел права в дещо інших аспектах, ніж вони висвітлювалися раніше.

Формулювання концептуальних засад теорії джерел права є кінцевою метою нашого дослідження, досягнення якої можливе лише тоді, коли знання про джерела права представлені в певній системі, розгорнуті в поняттєвій формі й через систему певних категорій дають конкретне уявлення про сутність джерел права, про закономірності їх розвитку.

У монографії головна увага приділяється визначенню методології дослідження джерел права та понятійного апарату теорії джерел права; з'ясуванню сутності, ознак та функцій джерел права, їх класифікації; аналізу системи юридичних джерел права та принципів її побудови; визначенню співвідношення між правовою системою, системою права та системою джерел права; аналізу існуючих досліджень проблем джерел права у зв'язку із проблемами визначення права в контексті класичних та сучасних концепцій праворозуміння; вивченню та узагальненню основних підходів до розуміння сутності джерел права представників вітчизняної юридичної думки; визначенню основних напрямів інтеграції систем джерел права різних правових сімей, тенденцій розвитку та удосконалення джерел права України.

Теоретична та практична значимість результатів проведеного дослідження полягає у її спрямуванні на вирішення актуальних проблем державотворення та правотворення, підвищення ефективності правового регулювання суспільних відносин.

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ОСНОВИ ДОСЛІДЖЕННЯ ДЖЕРЕЛ ПРАВА

1.1. Методологія дослідження джерел права

Метод – пайперша, основна річ. Від методу, способу дії залежить уся серйозність дослідження. Уся справа в хорошому методі. При хорошому методі й не дуже талановитий вчений може зробити багато. А при поганому методі й геніальна людина працюватиме марно і не отримас цінних, точних фактів¹.

Грунтовність теоретичного дослідження джерел права залежить від багатьох чинників, серед яких визначальним є з'ясування істинних шляхів дослідження: наукових підходів, засобів, принципів і методів. Незважаючи на значну кількість публікацій, у яких досліджуються окремі елементи правової системи, системи джерел права, актуальною залишається проблема комплексного дослідження джерел права як категорії юридичної науки та одного з елементів правової системи й механізму правового регулювання. Важливість наукового дослідження системи джерел права зумовлена тим, що ефективність її функціонування впливає майже на всі сфери суспільного життя, є необхідною умовою ефективності механізму правового регулювання як одна з його складових частин, що зумовлює зміст усіх інших складових правової системи.

Відповідно до того, що правова дійсність розвивається безперервно й водночас перетворюється, то і юридичні поняття не можуть бути незмінними, раз і назавжди даними, придатними для будь-яких обставин².

Мета нашого дослідження — отримання об'єктивних знань та оволодіння новою інформацією про право та його джерела – обумовлює необхідність згрупування та аналізу зібраного матеріалу. Відправним пунк-

¹ Павлов И.П. Лекции по физиологии. – М., 1952. – С. 21.

² Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта +, 2001. – С. 168.

том дослідження є твердження, що наукові знання набуваються тільки за умови, якщо вивчення об'єкта (у даному випадку джерел права) проводиться відповідно до вимог теорії пізнання. Головним елементом цієї теорії є методологія, яка визначає змістовність та істинність одержаних результатів і висновків наукового дослідження. Методологія розглядається як сукупність основних положень і вимог теорії пізнання, вихідних філософсько-діалектичних законів і категорій, загальнологічних принципів, методів, способів і прийомів, які наука використовує для опису, аналізу та вивчення різних сторін об'єктивної дійсності, а також при пошуку нових знань¹.

Теорія держави та права є юридичною наукою, методологія якої визначає сутність наукових методів та принципів як інструментів набуття істинного позитивного знання. У контексті її предмета – загальних законів і закономірностей розвитку й функціонування держави та права – специфічним є дослідження методологічних аспектів джерел права, а не розроблення власної методології. Застосування широкого кола методів дослідження сприяє глибшому вивченню сутності джерел права, при цьому не розширюючи предмет теорії держави та права.

Багатоманітність форм вияву права в соціальній практиці не дозволяє дійти єдиного висновку щодо його змісту. Діапазон поглядів коливається від позитивістських до метафізичних побудов, що об'рунтовують право як вияв космічних закономірностей або Божої сутності. Право виділяється як сукупність специфічних соціальних відносин, що склалися у суспільстві, й опосередковані загальноприйнятими й зафіксованими в юридичних документах правилами; як особлива форма свідомості, відповідно до якої основою суспільства є система цінностей, центральною серед яких є справедливість, що трансформується у право; як сукупність юридичних норм, що об'єднують у собі матеріальні та ідеальні моменти існування тощо.

Тільки методологічно об'рунтовані дослідження права та його джерел дадуть змогу сформувати концептуальні засади теорії джерел права як форми об'єктивації права, що може бути застосована в теорії держави та права, інших галузях права, а також при здійсненні державно-правового будівництва, у тому числі й в Україні.

Розвиваючи думку Д.А. Керімова, зазначимо, що методологія дослідження джерел права як сукупність підходів, принципів, методів забезпечує правильне застосування понять і категорій у пізнанні, повинна відображати специфіку процесу пізнання, орієнтувати суб'єкта пізнання

¹ Там само. – С. 48–56.

на те, як його необхідно вести: які і в якій послідовності слід здійснювати процедури, які сторони досліджуваного – джерел права, необхідно вивчати, а від яких можна абстрагуватись, яким чином слід застосовувати в пізнанні теоретико-поняттєвий апарат, тим самим визначати найдоцільніший шлях досягнення об'єктивної істини.

Вивчення проблем методології дослідження джерел права зумовлене постійною потребою глибшого з'ясування змісту цієї правової категорії та перспектив її подальшого розвитку.

Незаперечним є факт, що в масовій суспільній свідомості України продовжують домінувати уявлення про право як знаряддя політики, інструмент примусу, зведену в закон волю, якщо й не якогось окремого панівного класу, то принаймні панівної частини суспільства¹.

Зміна такого ставлення до права й закону передбачає проведення низки заходів, зокрема утвердження нових методологічних підходів до визначення права, його сутності та форм вияву. Цей процес буде ефективним лише в тому випадку, якщо він здійснюється з урахуванням специфіки права та його джерел і, відповідно, шляхів, методів та способів їх пізнання.

Розв'язання цього завдання лежить у межах філософії права й загальної теорії держави та права. Питання поняття методології досить часто порушується в науковій літературі. Зокрема, цьому присвячені праці І.Д. Андрєєва, Г. Гиргинова, А. Герлох, О.О. Гаврилова, Н.Д. Стефанова, С.О. Яновської, М. Янкова тощо². Аналіз змісту цих досліджень свідчить про неоднозначність даного поняття, багатоаспектність і важливість для процесу наукового пізнання. Методологія – явище інтегральне, воно поєднує у собі низку компонентів: світогляд і фундаментальні теоретичні концепції, загальні філософські закони й категорії, загально- і спеціально-наукові методи. Методологія права на підставі загальної методології пропонує систему методів дослідження правових об'єктів, узагальнює теоретичні положення, що мають гносеологічне значення, а також включає в себе світосприйняття, світогляд дослідника³.

¹ Козюбра М. Право як явище культури // Право і культура: теорія і практика: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – м. Київ, 15, 16 травня 1997 р. – К., 1997. – С. 29.

² Яновская С.А. Методологические проблемы науки. – М., 1972; Стефанов Н. Теория и метод в общественных науках. – М., 1967; Гиргинов Г., Янков М. Методология как раздел гносеологии // Вопр. философии. – 1973. – № 8. – С. 127; Гаврилов О.А. Проблемы методологии социально-правовых исследований: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1981; Герлох А. Право и система методов его исследования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1981.

³ Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта +, 2001. – С. 21.

Фундаментальними дослідженнями у цій галузі, на нашу думку, є монографії Р. Лукича «Методологія права», Р. Циппеліуса «Юридична методологія», Д.А. Керімова «Методологія права (предмет, функції, проблеми філософії права)».

При розробленні методологічних засад дослідження джерел права, насамперед, необхідно звернути увагу на об'єкт дослідження – право, зважаючи на специфіку суспільних відносин, які воно регулює. При цьому кожний вияв права, кожна форма його об'єктивної вимагає для свого дослідження специфічних підходів, методів, способів. Цей методологічний інструментарій може бути традиційним в одних випадках і новаційним в інших¹. За час існування науки як певної сфери діяльності людини було розроблено низку підходів та універсальних методів, за допомогою яких учені з'ясовують закономірності виникнення і розвитку правових явищ, взаємозв'язки між ними, прогнозують їх подальший розвиток.

На думку П.М. Рабіновича, визначення стратегії юриспруденції передбачає залучення трьох загальнометодологічних постулатів: по-перше, об'єктивної зумовленості обраних методів дослідження його предметом; по-друге, необхідність встановлення єдиної істини, що перевіряється об'єктивним критерієм²; по-третє, евристичними можливостями використовуваних підходів і методів³. Утверджуючи можливість використання різних підходів, методів і засобів, плюралізм не гарантує встановлення істини, а тільки встановлює свободу її пошуку⁴.

Таке завдання актуалізується в умовах, коли в юридичній науці, як і в українському суспільстві загалом, спостерігається своєрідна методологічна криза. Існуюча потреба пізнання юридичною наукою реалій життя, з одного боку, і традиційний пізнавальний інструментарій, з іншого, не відповідають сучасним пізнавальним потребам. Задогматизоване юридичне мислення зумовлює формулювання такої ж нединамічної і консервативної правової доктрини. Криза зумовлена також соціально-

¹ Окреслення певних підходів до розв'язання цієї проблеми ми здійснили в роботі «Договір в системі форм права України», у якій в окремому підрозділі з'ясували підходи до визначення методологічного та практичного значення джерел права (Див.: *Нархоменко Н.М.* Договір в системі форм права України. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2000. – 181 с.).

² На нашу думку, поняття істини щодо другого постулату необхідно узгодити з методологічним плюралізмом.

³ *Рабінович П.М.* Основи загальної теорії права та держави. – К.: Атіка, 2001. – С. 170–171.

⁴ *Селіванов В.М.* До проблеми розроблення концепції розвитку вітчизняної юридичної науки // *Право України.* – 2001. – № 7. – С. 130, 133.

економічними й політичними процесами, які відбуваються останнім десятиліттям у країнах Східної Європи та СНД, у тому числі й в Україні. Ці процеси справили значний вплив на правосвідомість і, відповідно, на праворозуміння населення та спричинили появу якісно нових підходів і концепцій.

Протягом останнього століття методологія від класичної, збудованої на раціональних й об'єктивних підходах, через неklasичну (з її свободою вибору й суб'єктивністю), перейшла до посткласичної (постмодерністської), яка характеризується визнанням нераціонального та плюралістичного підходів¹. На зміну ідеологічним стандартам, що панували у вітчизняній методології майже все ХХ століття, прийшла деідеологізація. У зв'язку з цим, важливого ідеологічного значення набуває орієнтація на загальнолюдські цінності, дотримання принципів гуманізму, поваги людської гідності, свободи, справедливості, взаємної відповідальності держави й особи. Початок 90-х років ХХ століття позначився спробами багатьох вітчизняних авторів відійти від усталеного за радянських часів діалектико-матеріалістичного підходу й будувати власні концепції на інших філософських засадах. Досі панівний ідеологічний монізм обмежував наукові дослідження догмою права².

Тривалий час у теорії права існувало два методологічних підходи до дослідження природи права, які ґрунтувалися на виключно односторонньому аналізі розуміння змісту права і, відповідно, джерел права. Перший з них полягає у прихильності до проголошеного у ХХ столітті позитивістського отождолення права й закону, аналізі змісту права в повній залежності від державної волі, що зводить право до наказу держави. Такий підхід поширений досі й залишає поза увагою розгляд права як засобу втілення в життя справедливості, гуманності як необхідних складових демократичного розвитку суспільства, обмежує юридичну науку лише дослідженням догми права, перетворенням правознавства на законодавство. Наслідком такого праворозуміння є недооцінка соціальної природи джерел права.

Інший підхід полягає у зведенні права виключно до природних прав людини, об'єктуванні непотрібності й необов'язковості їх відображення у законодавстві, запереченні або недооцінці впливу державної влади на правоутворення і правореалізацію. Недооцінка ролі держави у право-

¹ Гацдармер Г.Г. Истина і методологічні основи філософської герменевтики. – К., 2000. – С. 150–152.

² Демидов А.И. О методологической ситуации в правоведении // Правоведение. – 2001. – № 4. – С. 15.

вому регулюванні суспільних відносин врешті-решт призводить до порушень закону, правового нігілізму тощо.

У цьому контексті гостро постає потреба в дослідженні теоретичних проблем юридичної науки концептуального характеру, що вимагає нового методологічного об'рунтування. До числа зазначених належить визначення концептуальних засад теорії джерел права.

Водночас постійний пошук нових дослідницьких прийомів і методів забезпечує приріст наукових знань, поглиблення уявлень про властивості права, форм його вияву. Нові методологічні підходи матимуть позитивний результат лише за умови врахування набутого протягом минулих десятиліть досвіду щодо утверджених й апробованих практикою методів дослідження права й пов'язаних із ним явищ.

Використовуючи нові методологічні підходи, необхідно ґрунтуватися на принципі додатковості, а не на зміні одного уявлення на інше. Підходи й методи повинні доповнювати один одного для цілісного відображення правової реальності й вироблення продуктивних знань про неї¹.

Відкидаючи методологію діалектичного матеріалізму як основу марксистської ідеології, вчені здійснюють пошук нової методології, яка враховуватиме діалектику й динамізм соціального процесу як такого, що змінюється під впливом різних чинників.

Водночас дедалі більше авторів вважають за доцільне використання діалектичного підходу в юридичній науці, у тому числі й теорії держави та права. Це сприяє отриманню більш повних знань, швидкому накопиченню теоретично та практично значущої інформації про соціальні процеси. Використання діалектичного методу дає можливість акцентувати увагу не тільки на виявленні особливостей і визначенні поняття джерел права, а й на зв'язку цього явища з іншими явищами, інститутами, процесами².

Такі парні категорії діалектики, як форма і зміст, загальне й особливе, абстрактне й конкретне, кількість і якість, дають змогу всебічно дослідити джерела права та дійти об'рунтованих висновків. Окремого дослідження потребує співвідношення змісту й форми права, змісту й форми джерел права. Складовою змісту права є норми, а формою права – джерела права. Водночас одні й ті самі форми (наприклад закони) мають різний зміст, а форма іноді не відповідає змісту.

¹ Псевдонауочное знание в современной культуре (материалы «круглого стола») // Вопросы философии. – 2001. – № 6. – С. 3-32.

² Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта+, 2001. – С. 146.

Проблему співвідношення змістовних і формальних характеристик джерел права, без перебільшення, можна вважати однією з найсуттєвіших методологічних проблем теоретичного правознавства. Підвищена формалізованість абсолютно невід'ємна від права, а логічно завершена формалізація – це той необхідний інструмент і той позитив права, який легко перетворюється на негатив і на антиправовий засіб у тих випадках, коли форму позбавляють відповідного змісту. Зміст – це явище, розглянуте в контексті сенсу його буття, того, для чого воно існує у світі, в аспекті його функціонального призначення. Категорія змісту близька до категорії сутності, яка пояснює явище як щось самодостатнє, абсолютне, як буття, «занурене саме в себе» (Ге'ель). Форма ж – це спосіб зовнішнього існування, вираження явища чи об'єкта, його побудови, структурної організації; це те, як явище сприймається ззовні. Форма права – це інститути, засоби та способи діяльності, що дозволяють з необхідною ефективністю позначати, реалізувати та захищати суб'єктивні права й відповідні їм соціальні інтереси. Як суперечливі характеристики одного й того самого явища форма та зміст утворюють певну єдність. Зміст не може бути реалізований поза конкретною формою. Форма є найдієвішою, коли її наповнює відповідний зміст. За певних умов єдність змісту й форми може порушуватись. У праві це відбувається внаслідок доведення формалізму до логічного завершення. Це спричинено тим, що конкретні зовнішні форми можуть використовуватися для надання видимості правових явищам і процесам, які не є такими за змістом, а інколи за своєю спрямованістю є цілком протилежними природі права. Найпоказовішим у цьому сенсі є явище правової фікції¹.

Як зазначалося, зміни, що відбуваються в методології юридичної науки, насамперед стосуються істотного розширення застосування так званого персонального (антропологічного) підходу та актуалізації використання практичного підходу, тобто інтерпретації та оцінки державно-юридичних явищ як інструментів, важелів, засобів задоволення потреб людини, соціальних спільнот, суспільства загалом. Отже, стан методології правознавства визначається потребами, запитами соціальної практики, які обумовлюють модифікацію об'єкта та предмета цієї науки. Вона залежить від інших наук про людину, державу, суспільство. Якщо право є творінням людським, то усвідомлення його сутності неможливо без розуміння природи людини у всіх її виявах, без розуміння потреб

¹ Бурлай Є.В. Зміст і форма: єдність і розбіжності // Методологічні пробл. правової науки: Матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 13–14 грудня 2002 р.) – Х.: Право, 2003. – С. 138–139.

людини, її здібностей, прагнень. Отже, розуміння права повинно починатися з антропологічного моменту¹. При антропологічному підході людина стає центральним об'єктом загальнотеоретичного правознавства, а її природно-правові властивості та закономірності державно-юридичного забезпечення перетворюються на найважливішу складову предмета цієї науки. Відповідно до того, що однією з функцій джерел права є забезпечення безконфліктної життєдіяльності суб'єктів суспільних відносин, урегулювання відносин між людьми та їх об'єднаннями, захист інтересів, прав людини та громадянина, звернення науки до людини й цінностей, що з нею пов'язані, зумовлюють пряме закріплення у джерелах права пріоритету загальнолюдських цінностей над класовими, а також прийняття джерел права з огляду на необхідність дбати про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя. Підтвердженням цього в Україні є прийняття Декларації про державний суверенітет, Конституції України. Антропологічний підхід становить методологічну основу для проведення наукових досліджень і розроблення сучасної вітчизняної правової доктрини, дозволяє позбавити науку від крайнощів догматизму й однобічного коментування норм законодавства.

Висновки правової антропології становлять цінність для правотворчої діяльності, оскільки надають можливість скласти уявлення про людину, визначають її соціальну цінність, що сприятиме гармонізації правотворчої діяльності, а отже, гуманізації змісту джерел права.

Право – динамічне явище, що розвивається, внутрішні механізми якого залежать від духовної природи людини й соціокультурних умов, у яких вона перебуває, і які визначають появу та способи об'єктивзації норм права – джерел права, що розглядаються як певні інструменти, покликані вирішувати життєво важливі ситуації.

У результаті застосування підходу деформалізації якісні рамки права розмиваються, втрачають чіткість, зливаються з деякими суміжними соціальними феноменами: мораллю, правосвідомістю. Отже, відбувається новелізація праводержавознавчої методології на основі використання у пізнавальній діяльності здобутків таких наук, як герменевтика, соціопсихолінгвістика, синергетика, що дозволяє глибше збагнути функціональні, адаптаційні, творчі потенції державно-юридичних інструментів та механізми реалізації таких можливостей².

¹ *Петрова Л.В.* Фундаментальні проблеми методології права: філософсько-правовий дискурс. – Х.: Право, 1998. – С. 213–214.

² *Рабинович П.М.* Проблеми трансформації методології вітчизняного правознавства: досягнення, втрати, перспективи // *Методологічні пробл. правової науки: Матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 13–14 грудня 2002 р.)* – Х.: Право, 2003. – С. 75–78.

Застосування феноменологічного підходу в дослідженні джерел права дає можливість уявити джерела права у вигляді певного правового феномена, який у поєднанні з моральними принципами та цінностями, правовою спадщиною, принципами гуманізму тощо зумовлює децентралізацію права, зближення природного й позитивного права, сприяє відкритості правових систем.

Герменевтичний підхід до вивчення джерел права дає можливість уявити їх у вигляді взаємодії суб'єктів суспільних відносин з приводу створення норм права, що зводиться до розумово-речової діяльності. Така суспільна взаємодія має структуру, яка, по суті, є структурою суспільних відносин, що, у свою чергу, мають вигляд суспільно-інформаційних процесів. Уся правотворча діяльність і її результати уявляються у вигляді структурної інформаційно-речової взаємодії.

Важливим є ціннісний підхід як своєрідний спосіб пізнання. Він тісно пов'язаний з науково-пізнавальним підходом, який має на меті відкриття законів функціонування об'єкта, підведення різних явищ під загальні поняття. Тому ціннісний підхід існує об'єктивно та ґрунтується на необхідності отримання двох типів інформації про об'єкт: наукової та ціннісної¹. Проблема об'єктивного оцінювання відповідного явища, на нашу думку, полягає у «прив'язці» дослідника до певної системи цінностей. Як такий еталон, зазвичай, використовують релігійні, моральні, національні, соціальні цінності. Останні (тільки у класовому значенні) становили основу аксіологічного підходу радянських часів. Тодішній принцип «партійності» зобов'язував ученого «...при будь-якій оцінці подій прямо й відкрито ставати на точку зору певної соціальної групи»². Такий вузькоспрямований підхід закономірно суперечив принципів об'єктивності й призводив до однобічних наукових результатів. Щоб цього не сталося в сучасних умовах, оцінку змісту, ефективності дії джерел права необхідно здійснювати, на нашу думку, не з позицій інтересів окремих соціально-класових (національних, релігійних тощо) сил, а з позицій таких загальнолюдських інтересів та потреб, як мир і злагода в суспільстві, чесна праця і добробут, соціальна справедливість, людська й національна гідність, права та свободи громадянина, соціальна й правова захищеність людини, громадська відповідальність і законність, тобто тих світоглядних ідеалів і моральних норм, які акумулюють досвід усього людства, є спільними для всіх людей.

¹ Поляков А.В. Общая теория права. – СПб., 2004. – С. 324–385.

² Ленин В.И. Экономическое содержание народничества и критика его в книге г. Струве // Полн. собр. соч.: В 55 т. – М., 1958. – Т. I. – С. 419.

Актуальним щодо дослідження джерел права є цивілізаційний підхід, який дозволяє визнати природним розмаїття правових культур і державних інститутів як мозаїку світу, що розвивається, зберегти власну унікальність, використати досягнення різних цивілізацій, вести з ними культурний діалог, знаходити спільні правові рішення й організаційні засоби їх здійснення при взаємодії з іншими правовими системами і державами¹. Визначення джерел права та особливостей їх функціонування у країнах, що належать до різних правових сімей, у різні періоди розвитку світових цивілізацій значно збагачує дослідження, виводить його на вищий рівень узагальнення.

Таким чином, сучасній юридичній науці притаманна наявність не окремо взятого підходу до дослідження джерел права, а їх системи. Лише плюралізм наукових методологічних підходів дає змогу здійснити всебічне дослідження джерел права, їх різних вимірів.

Істинне дослідження будь-якої правової категорії має здійснюватися за допомогою фундаментальних принципів – вихідних ідей, положень, що характеризуються універсальністю, загальною значимістю, вищою імперативністю і відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи права тощо².

Відповідно до вищезазначеного, дослідження джерел права також має ґрунтуватися на певних принципах. Зокрема, важливим принципом дослідження джерел права є принцип обґрунтованості, застосування якого дає змогу аргументувати будь-яке твердження. Отже, дослідження і висновки щодо джерел права повинні ґрунтуватися на певному фактичному матеріалі, який є об'єктивним. Об'єктивність у вивченні зазначених проблем передбачає, насамперед, взаємозв'язок із розвитком системи державно-правових явищ, поєднання наукового й ціннісного підходів, надання пріоритету демократичним цінностям, які уособлюють у собі сучасний рівень розвитку світової цивілізації. Важливе значення має визначення концептуально-методологічних парадигм правового розвитку. Крім того, об'єктивність дослідження зумовлюється низкою чинників, зокрема: існуванням системи джерел права, які, незалежно від дослідника, відображають соціально-економічну реальність та рівень розвитку суспільства загалом; практикою розв'язання соціально-економічних завдань сьогодення, що вимагає отримання істинного знання;

¹ *Обаротов Ю.М.* Філософія права і методологія юриспруденції // Пробл. філософії права. – Т. 1. – 2004. – С. 42.

² *Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. – Т. 5. – С. 110 – 111.*

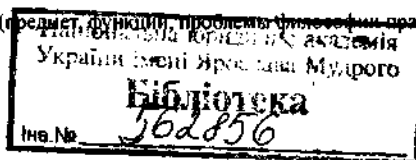
існуванням загальноновизнаних цінностей, орієнтація на які дозволить уникнути хибних уявлень.

Із принципом об'єктивності нерозривно пов'язаний принцип історизму, що має важливе значення для пояснення еволюційних і революційних змін в історичному розвитку, у правових системах, зокрема у вітчизняній, що сформувалася протягом тривалого періоду при збереженні певної спадковості з попереднім правовим станом російського та радянського суспільств, які справили безпосередній вплив на розвиток системи права й, відповідно, системи джерел права. Водночас принцип історизму не повинен трактуватись як об'рунтування можливості виводити майбутнє з минулого. Майбутнє багатоваріантне, іноді воно виявляє свої ознаки, іноді є передбачуваним, у тому числі й у державно-правовій сфері¹. Тому зміст джерел права можна зрозуміти тільки за умови розгляду їх у генезисі та розвитку, у конкретних історичних умовах та взаємозв'язках. Лише в такому разі джерела права як історичні явища виступають у систематизованому вигляді, у всій своїй повноті.

Поза історичним контекстом, який пов'язує сучасні джерела права з тими джерелами права, що їм передували, так само як і з тими, що виникнуть на їх основі в перспективі, неможливо пізнати саму цю сучасність. Наукове дослідження джерел права не може обмежити себе їх станом тільки на даний момент існування, оскільки буде втрачений причинно-наслідковий зв'язок в історичному розвитку права.

Сформулювати концептуальні засади теорії джерел права, досягти поступальності й наступності в їх розвитку, уникнути розриву між історичними й сучасними видами джерел права в межах певної країни або в межах країн окремої правової сім'ї можна тільки використовуючи цей принцип. Це, у свою чергу, передбачає розмежування таких категорій, як історичний та науковий факти. Історичні факти становлять субстанціональну природу історії виникнення і розвитку джерел права і є відображенням цього процесу у свідомості суб'єктів. Наукові факти є результатом теоретичного осмислення системи історичних фактів, усвідомлення і наукового аналізу певних правових явищ, а в нашому випадку – це усвідомлення та виявлення закономірностей появи, трансформації, поширення різноманітних джерел права в межах певних правових систем. Відбір історичних фактів має суб'єктивний характер, оскільки прямо залежить від волі дослідника, мети його дослідження, його наукової по-

¹ Керимов Д.А. Методологія права (предмет, функції, проблеми філософії права). – М.: Аванта+, 2001. – С. 110.



зиції. Таке дослідження може бути багатоваріантним: обмежене лише описом текстів джерел права як історичних фактів; розширене до з'ясування умов їх існування та наслідків дії; із визначенням їхніх зв'язків з іншими державно-правовими явищами.

Таким чином, у теоретичному дослідженні джерел права повинен бути реалізований принцип історизму, який орієнтує на розгляд їх у становленні, розвитку, в конкретно-історичних обставинах. Використання принципу історизму дозволяє: 1) з'ясувати причини виникнення та розвитку, які обумовили сутність і зміст, шляхи реалізації джерел права, їх вплив на суспільні відносини, є основою наукового пізнання їх змісту й видів; 2) простежити логіку змін у системі джерел права у процесі розвитку держави, еволюції правового регулювання; з'ясувати, під впливом яких соціально-економічних, політичних чинників з'являлись ті чи інші джерела права, який вплив це мало на зміст та розвиток держави і права загалом. Крім того, застосування цього принципу є обов'язковим, коли з'ясовується сутність певного джерела права, наприклад, нормативно-правового акта, що діє протягом тривалого часу, конкретно-історичні обставини прийняття якого можуть значно відрізнятися від умов його реалізації. Саме це може сприяти уникненню помилок у процесі правотворчої діяльності, ефективності дії механізму правового регулювання.

Грунтуючись на принципі історизму, логічне дослідження права розкриває історичну повторюваність його джерел, загальні принципи їх розвитку. Тому будь-яке дослідження джерел права у своїй основі повинно ґрунтуватися на єдності історичного й логічного. Логічне визначає принципи підходу до історичного, оскільки дозволяє встановити час виникнення джерел права, відмежувати нормативно-правові акти від звичаїв, релігійних і моральних норм.

Логічний підхід дозволяє за допомогою законів формальної логіки з'ясувати особливості структури та дії окремих джерел права, системи джерел права загалом, виявити зв'язки (неузгодженості) між джерелами й, відповідно, проблеми правового регулювання, дослідити як внутрішню будову системи джерел права, так і їх взаємодію з іншими системами, що існують у правовому полі.

Принцип усебічності дослідження передбачає пізнання якомога більшої кількості властивостей джерел права, їх зв'язків. Чим більша кількість критеріїв аналізу застосовується, тим вірогіднішими будуть висновки. Тому не можна зробити загальний висновок про ефективність певного джерела права на підставі лише однорідних показників, (наприклад частоти застосування або сфери дії будь-якого джерела права); аб-

соліотизувати будь-яке джерело права, ґрунтуючись на досвіді однієї із країн, і робити узагальнюючі висновки. Усебічність дослідження джерел права досягається шляхом виявлення їх сутності та зв'язків з іншими правовими явищами; вивченням існуючих поглядів на проблему, що розглядається; застосуванням усієї сукупності методів з метою отримання різноаспектних характеристик джерел права, їх системи, використанням знань, отриманих в інших галузях наукового знання.

Сучасна наука характеризується інтегрованістю, а міжнаукові трансляції результатів і методів дослідження є елементом механізму її розвитку; залучення дослідницьких засобів інших наук – необхідна умова розвитку будь-якої науки, у тому числі і юриспруденції. Актуалізація будь-яких дослідницьких засобів інших наук визначається, насамперед, філософськими ідеями, соціальними й культурними цінностями, метою і завданням конкретних досліджень¹. Необхідність звернення до інших наук виникає в тих випадках, коли мета дослідження не може бути досягнута власними методами.

Наприклад, соціологія права виявляє наукові факти, що свідчать про дію джерел права в реальному житті, у регулюванні суспільних відносин, про здатність норм права реалізовувати мету, що поставлена перед правотворчим органом, про сукупність соціальних факторів, що сприяють або суперечать виконанню правом своїх функцій. Таким чином соціологія права розширює емпіричний аналіз юридичних джерел права вивченням їх дії в реальних, конкретних відносинах.

Результати використання соціологічних досліджень щодо з'ясування ефективності дії окремих джерел права, наприклад, нормативно-правових актів або реалізації норм міжнародних договорів у внутрішньому правопорядку окремих країн, є важливим чинником у визначенні ефективності дії системи джерел права, механізму правового регулювання загалом. Наявність такої інформації у науковців-теоретиків і практиків, після її відповідної фахової обробки, дозволяє дійти висновків про досліджуваний предмет – право та його джерела, пропозиції щодо підвищення ефективності їх дії.

Проведений аналіз принципів дослідження джерел права дає змогу визначити їх особливе, фундаментальне значення та невід'ємну складову методології дослідження джерел права, а також розрізнити принципи, методи наукового дослідження і наукову теорію. Принципи є основою

¹ *Тарасов Н.Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Правоведение. – 2002. – № 1. – С. 159–173.*

будь-якого дослідження. Методи виконують не властиві теорії функції (знаряддєво-інструментальну й нормативно-регулятивну), виступаючи словесним інструментом (знаряддям) і водночас регулятором діяльності, встановлюючи порядок її здійснення, і не виконують пояснювальної функції, що властива саме теорії. Функціональна відмінність між ними зумовлена тим, що теорія пояснює об'єкт, водночас як метод здійснює функцію нарощування нових знань¹.

Як основні та необхідні ознаки будь-якої теорії називають такі:

1) предметність, тобто наявність у теорії строго визначеного предмета – будь-якої сукупності об'єктивних закономірностей природи, суспільства і мислення, знання про які і є змістом цієї теорії;

2) системність, тобто не сукупність розрізнених знань, а внутрішньо організована система пов'язаних понять, категорій, суджень;

3) повнота, тобто система знань, яка досить повно описує і пояснює її предмет;

4) логічне об'рунтування та відсутність суперечностей. У будь-якій теорії є два класи суджень: вихідні (базисні) положення, а також висловлювання, що походять із вихідних положень і не можуть їм суперечити. Наявність логічних суперечностей свідчить про необхідність уточнення наявних теоретичних знань і приведення їх у відповідність із теорією;

5) істинність і достовірність, що свідчать про вірність відображення теорією власного предмета, його закономірностей, а отже, про здатність бути засобом подальшого наукового пізнання і практичної дії, коли можна переконатися в істинності або хибності теорії.

Лише сукупність наукових знань, що має всі названі ознаки, може кваліфікуватись як наукова теорія².

Формулювання концептуальних засад теорії джерел права є результатом наукових досліджень, зокрема, наслідком збору інформації про їх розвиток, дослідження тих закономірностей, яким вони відповідають. Концептуальні засади теорії джерел права відображають досліджуваний предмет – джерела права, що пов'язані з такими поняттями як: правова форма, форма права, правова система, система права, яка співвідноситься із системою джерел права, що має свій поняттєво-категоріальний апарат та згідно із класифікацією розгортається в ряд: нормативно-

¹ Философия. Наука. Человек: Конфликт или гармония? Учеб. пособие / З.С. Алябьев, Р.А. Зобов, А.Ф. Оропай и др. – С. 156. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.oprave.ru>

² Сырых В.М. Логические основания общей теории права. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. – Т. 1. Элементный состав. – 2-е изд., стер. – С. 130–131.

правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент, правовий звичай, правова доктрина, загальні принципи права. Крім того, зміст теорії джерел права становлять знання, отримані в результаті дослідження теоретико-методологічних засад джерел права, аналізу джерел права у світлі концепцій праворозуміння та з'ясування функцій джерел права.

Для формулювання теорії джерел права потрібна обов'язкова глибина проникнення в їх сутність, визначення їх основних властивостей, виявлення і пояснення реально існуючих закономірностей їх функціонування. Унаслідок цього теорія джерел права дасть можливість передбачити подальший шлях їх розвитку¹. Крім того, як і кожна теорія, теорія джерел права стане одним із факторів пізнання в галузі теорії права.

Завдання правового дослідження джерел права полягає у винайденні саме того рівня загальності ознак окремих джерел права, який їх характеризує і визначає їх сутність.

У цьому контексті необхідно звернути увагу на певну залежність між предметом і методами дослідження. Будь-який предмет вимагає адекватного йому методу. Система методів, що використовується будь-якою теорією права, залежить, насамперед, від розуміння власного предмета. Різне розуміння природи права правовими теоріями та школами призводить до суперечливих і взаємовиключних вирішень питання про методи загальної теорії права. Г. Кельзен, засновник теорії «чистого права», визначив норму як ідеальну розумову конструкцію, що не залежить від психологічних переживань і не має корелята у природі, виключив зі сфери вивчення правової науки соціальні, політичні та економічні явища, звівши метод правової науки до формально-логічних, догматичних прийомів тлумачення. Представники соціологічної школи права абсолютизують аспект соціальної дії права і до методів його вивчення вводять конкретно-соціологічні та статистичні прийоми, роблять спроби використати методи природничих наук, а саме експеримент. Водночас вони виключають із методів наукового пізнання формально-логічні прийоми тлумачення права й порівняльно-правовий метод².

Методологія досліджень джерел права попереднього, радянського періоду відповідала загальноприйнятому на той час нормативному підходу до праворозуміння. Праці С.Л. Зівса, А.М. Васильєва, Д.А. Керімова, С.В. Полєніної, Ю.О. Тихомирова, О.П. Шебанова,

¹ Андреев И.Д. Научная теория и методы познания. – М., 1975. – С. 4–5.

² Туманов В.А. Буржуазная правовая идеология. – М., 1971. – С. 161–311; Сайдлер Г.Л. Юридические доктрины империализма. – М., 1959. – С. 75–133.

Л.С. Явичка присвячені окремим положенням зазначеної проблеми, одні з яких залишаються актуальними, інші – вимагають перегляду.

Аналіз сучасної вітчизняної та зарубіжної наукової літератури щодо методологічних засад дослідження джерел права дає змогу дійти висновку про існування спроб окремих науковців розглянути зазначену проблему в контексті широкого праворозуміння стосовно окремих аспектів джерел права. Водночас комплексних, глибоких досліджень не проводилося.

Зокрема, предметом дослідження Р.Б. Топалевського стали закономірності функціонування системних зв'язків юридичних джерел права, їх природа та класифікаційні ознаки у їх структурованому розмаїтті. В основу дослідження був покладений системний підхід, що дозволив дослідити внутрішню будову системи джерел права та місце, яке посідає в ній кожна з підсистем; відобразити взаємозв'язки юридичних джерел права, ускладнення системних зв'язків унаслідок ускладнення суспільних відносин; виокремити генетичні, структурні та функціональні зв'язки¹.

Проблемам мовних шляхів утворення терміна «джерело права», визначення найпридатніших для дослідження цього поняття логічних прийомів та способів присвячено окремі положення дисертаційного дослідження Т.В. Гурової «Актуальні проблеми теорії джерел права»². Звернено увагу на той факт, що джерелу права як особливому поняттю відповідають специфічні способи логічного вивчення та аналізу. При дослідженні його обсягу та змісту найчастіше використовуються такі різновиди визначення, як генетичне та контекстуальне, а також прийоми, що замінюють визначення (опис, характеристика, порівняння). Найпридатнішим для формування повноцінної системи знань про джерела права, що відповідають завданням сьогодення, на думку дослідниці, є системний аналіз, який дозволяє виділити джерела права різного рівня, визначити їх природу й виявити зв'язки та взаємозалежність між усіма рівнями джерел права (генетичним, політичним, інформаційно-документальним).

Певна оригінальність властива праці Л.А. Корчевної «Проблема різноджерельного права: Дослід порівняльного правознавства». На основі порівняльно-правового методу дослідження та з огляду на особливості західної і східної традицій права, автор висвітлила гетерогенність і комплементарність джерел права у країнах Європи й Азії. Здійснено

¹ Топалевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 3.

² Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 2–11.

спробу осмислення вестернізації східноазійських правових систем, проаналізовано субсидіарний характер позитивного права¹.

Неможливо залишити поза увагою ґрунтовне дослідження М.М. Марченка «Джерела права: Навчальний посібник»², у якому здійснено спробу загальнотеоретичного аналізу джерел права в аспекті порівняльного аналізу правової системи Росії, романо-германської правової сім'ї, сім'ї загального права, а також релігійно-правових систем.

Аналіз зазначених праць свідчить, що, вивчаючи джерела права в аспекті їх сутнісних характеристик, необхідно звернути увагу на те, що вибір методів визначається умовами здійснення наукових досліджень, із урахуванням характеру дослідження, можливостей і потреб використання кожного методу й тим, який попередній зміст буде вкладатися в пошукове поняття (у даному випадку поняття джерел права).

Таким чином, поряд з підходами та принципами пізнання, важливе значення у дослідженні джерел права мають методи.

З часів Платона метод розглядають як дослідження, що веде до істини. Не зосереджуючи увагу на детальному вивченні еволюції поняття і змісту метода в науці, зазначимо лише неоднозначність тлумачення цієї категорії. Зокрема, метод розглядають: як теорію або вчення, форму теоретичного чи практичного ставлення людини до дійсності, що має на меті отримання певного результату, загальний підхід, цілеспрямований процес використання певних знань тощо³; як сукупність прийомів, що використовуються для досягнення мети⁴; як органічно цілісну, складну систему прийомів, способів пізнання об'єкта та предмета даної науки, зміст яких становить набір правил, принципів, що орієнтують дослідника при здійсненні будь-якої дослідної процедури, які використовуються для пізнання предмета даної науки, розкриття закономірностей функціонування і розвитку права у всій його повноті та всебічності⁵; шлях, що веде до раціональної, а отже, зрозумілої і контрольованої

¹ Корчевна Л.О. Проблема різноджерельного права: Дослід порівняльного правознавства. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2004. – 360 с.

² Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – 760 с.

³ Нурматов М.Х. Методы и формы научного познания: Материал к лекции с методологическими советами. – Ташкент, 1971. – С. 4; Мостепаненко М.В. Философия и методы научного познания. – Л., 1972. – С. 18; Яценко Л.Я. Взаимодействие теории и метода // Теория и метод: Сб. науч. тр. – М., 1987. – С. 104; Философский энциклопедический словарь / Редкол.: С.С. Аверинцев, Э.А. Араб-Оглы и др. – 2-е изд. – М., 1989. – С. 358.

⁴ Штоф В.А. Введение в методологию научного познания: Учеб. пособие. – Л., 1972. – С. 4.

⁵ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. – Т. 1. Элементный состав. – 2-е изд., стер. – С. 359–365.

відповіді на запитання чи то теоретичного пізнання, чи то практичного досвіду, чи то пошуку меж цього пізнання¹. Дослідник досягає мети за допомогою певного методу або їх сукупності (певних знань), реалізованих у практичній діяльності шляхом виконання цілеспрямованих дій, якими і є засоби, прийоми.

Методи, за допомогою яких здійснюється відповідне пізнання, перебувають у тому ж органічному зв'язку, який притаманний їм як окремим сторонам, частинам єдиного пізнавального процесу, водночас можуть бути диференційовані на дві групи – загальні (логічні) та спеціальні. До загальнонаукових відносять структурний, функціональний, сходження від абстрактного до конкретного². Спеціальні – прийнятні для предмета дослідження будь-якої однієї науки.

Р. Лукич та В.М. Сирих виокремлюють методи філософського, загальнонаукового та спеціально-наукового рівнів. До першого рівня відносять філософські категорії, поняття і принципи пізнання: історичне й логічне, конкретне й абстрактне, загальне й особливе, ціле й частину тощо, до другого – ті, що використовуються більшістю наук; до спеціально-наукових – методи, які діють у межах однієї або декількох наук (порівняльний, техніко-юридичний)³.

Дискусійним у юридичній літературі є питання про поняття і систему спеціально-наукових методів правознавства. Зазвичай до спеціально-наукових методів відносять формально-логічний метод тлумачення права та порівняльно-правовий метод. Але в основі порівняльно-правового лежить порівняльний, а формально-логічний метод тлумачення права ґрунтується на законах і методах формальної логіки. У процесі багатовікової практики тлумачення права ці методи були творчо доповнені, розвинені специфічними правилами пізнання і у тому вигляді, у якому вони існують нині можуть застосовуватись лише у правовій науці.

Розглянемо характеристику основних методів і прийомів, використання яких при дослідженні джерел права, на нашу думку, обов'язкове.

Функціональний метод передбачає дослідження джерел права через їх функції, тобто шляхом дослідження окремо функції, низки функцій або системи функцій. Функціональний характер системи джерел права, обумовлює ті методологічні засади її дослідження, які зводяться до не-

¹ Циппеліус Р. Юридична методологія / Переклад, адаптація, приклади з права України і список термінів. – Роман Корнута. – К.: Реферат, 2004. – 176 с.

² Юридична енциклопедія: В 6 т. – Т. 3. – К., 2001. – С. 618–619.

³ Лукич Р. Методологія права. – М., 1981. – С. 59; Сырых В.М. Метод правовой науки (основные элементы, структура). – М., 1980. – С. 10.

обхідності вивчення діяльності кожного компонента цієї системи, взаємодії між ними та іншими системами. Система джерел права динамічна, вона постійно розвивається, з огляду на притаманні їй внутрішні та зовнішні суперечності, функціонує у певному зовнішньому середовищі, яке визначає і розвиває її, детермінує спрямованість її функціонування. Використання функціонального методу допомагає виявленню ролі, місця і значення джерел права у правовій системі.

Діяльнісний метод передбачає дослідження джерел права через їх дію. За допомогою цього методу можна прослідкувати не стільки дію системи джерел права, скільки функціонування її окремих ланок у їхньому взаємозв'язку та взаємозалежності, а також визначити «провідну» ланку у правовому впливі і, навпаки, виявити ділянку, що є менш впливовою. Функціональний метод припускає не тільки встановлення складових елементів системи джерел права, але і вивчення цих елементів у зміні, русі, розвитку.

У системі конкретних методів дослідження джерел права зростає значення порівняльного методу, що зумовлено бажанням урахувати існуючий світовий досвід, моделей організації і функціонування системи джерел права, окремих нормативно-правових актів, аналізу концепцій праворозуміння.

При цьому слід зауважити, що порівняльно-правовий метод використовується для з'ясування спільного й різного між джерелами права в межах однієї або декількох правових систем, шляхом їх порівняння, розрізнення за будь-якою ознакою або властивістю. І в цій сутності він є неповторним, тому слід зважати на індивідуальність кожної системи джерел права, що якісно працює у правовій системі одних держав, і не завжди може ефективно працювати в інших; те, що ефективно на одному етапі розвитку держави й суспільства, не матиме відповідного ефекту на іншому етапі.

Порівняльно-правові дослідження дуже корисні для реалізації правової реформи в державах, що перебувають на трансформаційному етапі розвитку, до яких належить Україна, оскільки є можливість вийти за межі догматичної дискусії в межах національного права й запропонувати нові методологічні підходи з урахуванням вітчизняного досвіду.

Входження України в європейський простір вимагає адаптації законодавства України до законодавства країн Євросоюзу, що також зумовлює обов'язкове використання порівняльного методу дослідження. Як свідчить зарубіжний досвід, правові системи європейських країн здебільшого стабільні й ефективні. Тому запозичення такого досвіду мо-

же мати позитивний характер для еволюції правової системи України, у тому числі й системи джерел права України.

Порівняння має сенс лише в тому випадку, якщо порівнювані об'єкти схожі або тотожні. Ця процедура передуватиме стадії формування правових понять, категорій, законів. Перш ніж пізнати найважливіше, сутнісне, необхідне, зміст поняття, закономірності, необхідно попередньо виявити, що в досліджуваному явищі є загальним і стійким. Порівняння найістотніших, найважливіших сторін, аспектів джерел права як явищ, між якими існують певні відносини, зв'язки, як одного з основних об'єктів порівняльного правознавства, є актуальним, оскільки завдання правової науки полягає у виявленні загальних і специфічних закономірностей розвитку права сучасних держав, закономірностей функціонування і розвитку права як соціального явища, а джерела права відображають тенденції в розвитку права держав, прагнення цих держав до уніфікації і максимального наближення чинного законодавства.

На думку А.Х. Саїдова, з одного боку, порівняльне правознавство допомагає обрати оптимальне з точки зору існуючого досвіду рішення, а з іншого – позбавляє від ризику піти проторованим шляхом, який став скривдженим. Жоден законодавчий акт у будь-якій країні не розробляється без вивчення законотворчими органами відповідних порівняльно-правових матеріалів, оскільки використання даних порівняльного правознавства в законотворчому процесі певним чином заміняє національне правове експериментування. Створюючи новий правовий акт, національний законодавець звертається до вже існуючих та діючих норм зарубіжного права, тобто до таких, щодо яких уже накопичено певний досвід їх практичного застосування. Особливо плідним є звернення до законодавства та інших нормативних матеріалів країн однієї правової сім'ї¹.

Виявлення та аналіз позитивного досвіду на предмет його запозичення (яке може бути повним або частковим), розроблення відповідних рекомендацій і досягається саме за допомогою цього методу.

Як свідчить історія розвитку юридичної науки, необхідність у системному підході до дослідження державно-правових явищ виникає там і тоді, де і коли нагромаджено достатньо емпіричних матеріалів та результатів аналітичної діяльності мислення, а подальший розвиток наукового знання вимагає їх синтетичного узагальнення і приведення до певної

¹ Саїдов А.Х. Сравнительное правоведение и законотворчество // Журн. зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 1. – С. 16–22.

концептуальної системи¹. Категоріальні властивості джерел права зумовлюють необхідність використання системного методу дослідження. Системність джерел позитивного права закладена в самій природі та їх характеристики як правових феноменів, що існують і функціонують не окремо, не ізольовано один від одного, а в тісному взаємозв'язку та взаємодії. Отже, найадекватнішим та ефективним методом їх пізнання буде системний².

Джерела права як об'єкт пізнання правової науки – це складне поліструктурне явище взаємопов'язаних компонентів – різних джерел права. Системний метод має важливе значення для дослідження джерел права й обумовлений самою постановкою проблеми – система джерел права передбачає певним чином упорядковану, цілісну, логічно побудовану сукупність джерел права. Тому ефективність процесу дослідження буде зростати, якщо зазначені методи поєднати з методом системно-структурного аналізу, що зумовлює всебічний аналіз складних динамічних цілісностей, частини яких (підсистеми цілісних систем) перебувають між собою в органічній єдності та взаємодії. Системний метод дозволить сформулювати низку висновків та положень, які, на думку О.Г. Мамонтова та Ф.М. Гаджинової, внесуть певну новизну у вже існуючі дискусії про розуміння джерел права, допоможе визначити їх місце і значення в національних правових системах, прогнозувати можливості реформування та удосконалення системи джерел права³. Наприклад, нормативно-правовий акт є системою, що складається із законів та підзаконних нормативно-правових актів. Одночасно вони є найпростішими у структурному розумінні джерелами права порівняно із системою джерел права, до якої входять; система джерел права, виступає як елемент правової системи, що є утворенням іншого рівня.

Використання системного методу сприяє ширшому та глибшому пізнанню системи джерел права, швидшому нагромадженню теоретично і практично значущої інформації про неї. За допомогою цього методу увага акцентується не тільки на виявленні особливостей і визначенні поняття джерел права, а й на їх взаємозв'язку з іншими явищами, інститутами, процесами. Це дозволяє віднайти внутрішній механізм не лише дії його окремих компонентів, але і їх взаємодію на окремих рівнях, глибо-

¹ Поленина С.В., Сильченко Н.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР – М., 1987. – С. 8.

² Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 96–97.

³ Мамонтов А.Г., Гаджинова Ф.М. Принципы системного подхода в исследованиях источников права // Вестн. Моск. ун-та МВД России. – 2005. – № 1. – С. 9.

ко й різнобічно пізнати не тільки зовнішні, а й внутрішні зв'язки та взаємозалежності між джерелами права, їх внутрішній зміст, мету, структуру, роль, призначення¹.

Системно-структурний метод інтегрує системний аналіз та структурний функціоналізм, і становить два аспекти системного підходу до аналізу функціонування і розвитку джерел права. Системність аналізу полягає в тому, що центром нашого дослідження є джерела права як окремий елемент правової системи. Використання категорій «елемент», «структура», «система» дозволяє розглядати джерела права у правовій системі, з одного боку, і як сукупність джерел права, що разом утворюють систему, – з іншого. Водночас головною властивістю будь-якої системи, що походить із її характеристик, є інтегративність, яка, з одного боку, створює якість системи, а з іншого – поєднує її компоненти у внутрішню організовану структуру. Інтегративні якості правової системи обумовлюють методологічні підстави її дослідження. Окрема правова норма або стаття нормативно-правового акта, відокремлена від правової системи, не в змозі впливати на відповідні суспільні відносини. Тільки в єдності з іншими правовими засобами, що входять до складу даної правової системи, досягається ефективне правове регулювання цих відносин².

Система джерел права має центр, навколо якого об'єднуються, інтегруються та структуруються її компоненти. Цей центр відіграє також роль спрямовуючого, стимулюючого початку в організації та функціонуванні всієї системи й кожного її компонента; під його впливом здійснюється координація діяльності всього комплексу компонентів системи, розвиток кожного компонента і всієї системи. Таким центром системи джерел права у більшості країн світу є конституція, на основі, відповідно до й на виконання якої здійснюється правове регулювання суспільних відносин, уся правотворча і правореалізуюча діяльність у державі.

В умовах глобалізації об'єктом правознавства, окрім національних держав та їх правових систем, стають їхні сім'ї та групи, різновиди, а також міжнародно-правові системи, причому різних рівнів: як усесвітнього, так і регіонального. Цей процес відкриває нові можливості для застосування системного методу й тих методів, які його обслуговують, – структурного, функціонального тощо. Саме завдяки їх реалізації, коли національна правова система осмислюється як елемент (реальний або потенційний) іншої правової системи (наприклад Ради Європи чи Євро-

¹ Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 6.

² Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта+, 2001. – С. 235-236.

пейського Союзу), можна науково об'рунтувати умови, вимоги, напрями, засоби й наслідки перетворень, яких повинна зазнати перша, щоб набути відповідних системоутворюючих параметрів й органічно «вписатись» у системно-правове утворення вищого рівня.

Застосування системного методу до аналізу джерел права та їх розгляд з точки зору ієрархії обумовлені системними й ієрархічними властивостями самої досліджуваної матерії. Системність та ієрархічність особливо виявляється в нормативно-правових актах. Оскільки неодмінною вимогою, що ставиться до нормативно-правових актів, є відповідність актам вищих органів, цим досягається єдність різних правових актів та їх узгоджена дія¹. Це має місце лише тоді, коли здійснюється розмежування між формами та джерелами права. Коли ж така межа не проводиться, форми та джерела права завжди розглядаються як однорівневі в системному та ієрархічному аспекті правові феномени. Тут маються на увазі джерела позитивного права.

Специфіка системного методу передбачає дотримання певних правил дослідження, зокрема, при дослідженні джерел права як системи характеристика окремих джерел не є домінантою, оскільки елемент описується не як такий, а з урахуванням його місця в системі; одне й те саме джерело права виступає в системному дослідженні як об'єкт, якому одночасно притаманні характеристики, параметри, функції, а також різні принципи побудови змісту; дослідження системи джерел права є невідокремленим від дослідження умов її існування. Специфічним для системного підходу є проблема співвідношення властивостей системи джерел права із властивостями її окремих джерел і, навпаки, властивостей окремих джерел та характеристики системи джерел права загалом².

Системний метод визначає два аспекти: статичний, у якому розглядають структуру системи джерел права, та динамічний, який виявляє внутрішню організацію джерел права, їх функціональність, упорядкованість взаємодії. Саме останній аспект відображає потенційну можливість зміни її елементів.

Одним із поширених методів дослідження джерел права є логіко-семантичний, застосування якого має здійснюватися саме в такому контексті. Нехтування цим зв'язком може призвести до викривлення дійсного змісту джерел права. Отже, усебічне дослідження джерел права має ґрунтуватися на вироблених мовознавством положеннях про багато-

¹ Мицайков М. Ієрархія в праві // Вестн. Моск. гос. ун-та. – Серія 11. Право. 1999. – № 6. – С. 53.

² Див. Сырых В.М. Логические основания общей теории права. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. – Т. 1. Элементный состав. – 2-е изд., стер. – С. 462.

значність слів природної мови, про історичну мінливість значення слів і набуття ними нових лексичних значень, про мовні шляхи формування наукової термінології на основі загальноновживаних слів, про вплив контексту на змістове значення слів і понять. Ще Г. Кельзен у відомій праці «Чисте вчення про право» (1934), зазначав, що для пошуку правильного визначення права необхідно розпочати із слововживання, тобто встановити, що означає слово «право» в німецькій мові та його еквівалент в інших мовах. Важливо з'ясувати, чи мають соціальні явища, що позначаються цим словом, схожі ознаки і чи достатньо ці ознаки значимі для того, щоб слугувати елементами поняття соціальної науки. Унаслідок цього може бути з'ясовано, що словом «право» та його іншомовними еквівалентами називаються різні явища, що жодне загальне поняття не може охопити їх усі. З огляду на те, що в одному випадку одне поняття, яке відображає певне явище, позначається різноманітними термінами, а в іншому – одним терміном позначається багато понять, що відображають різні явища, необхідно здійснити також етимологічний аналіз терміна «джерело права», що дасть можливість визначити «домінуюче» праворозуміння у різних правових системах. У романо-германській правовій сім'ї термінами «право», «джерела права» позначається декілька понять, які відображають різні явища: справедливість, закон тощо. Причому право ототожнюється із справедливістю, а закон розглядається як окремий термін. Це спричинило поширення природної концепції права. У Франції терміни «право» і «закон» розмежовують (*droit* та *loi*), а справедливість і правосуддя ототожнюють із правильним, а не з правом. У Німеччині термінологічно розмежовують поняття «право» і «закон», а справедливе походить від права.

В англо-американській правовій системі для осмислення правової реальності використовують різні терміни, які мають багато смислових відтінків (*law, right, entitle, enabl*), зокрема *law* – це одночасно право і закон, *right* – права людини, правильне. Поняття ж про справедливість асоціюється із судочинством і правосуддям – *justice*. На Сході, як правило, також існує термінологічний плюралізм: право не асоціюється із справедливістю; право може означати панування, владу, й водночас – зважування інтересів; право і закон позначаються окремими ієрогліфами. Дослідження такого характеру дозволяє виявити особливості правових систем, джерел права; уточнити критерії для віднесення будь-якої правової системи до відповідної правової сім'ї¹.

¹ Дудаш Т.У. До питання про етимологію праворозуміння // Пробл. філософії права. – Т. 1. – 2004. – С. 163–166.

Мовні засоби утворення терміна «джерело права» слід брати до уваги при визначенні необхідних логічних прийомів і способів виявлення обсягу та змісту джерел права. Поняття джерел права повинно розглядатися з урахуванням положень лексикології про полісемію (багатозначність) більшості слів природної мови, яка справляє суттєвий вплив на формування поняттєвого апарату теорії джерел права, оскільки мова правової науки похідна від природної (розмовної) мови й функціонально залежить від неї. Логічна полісемія загальноновживаного терміна «джерело», що запозичено правознавцями з розмовної мови й поміщено в контекст правової науки, об'єктивно визначила багатозначність терміна «джерело права», що активно використовується в юриспруденції¹.

На думку Т.В. Гурової, аналіз цих положень дозволяє зрозуміти причини багаторічних наукових дискусій та сприяє формуванню цілісної, науково об'рунтованої концепції джерел права, що відповідає сучасному рівню теорії права. На відміну від природної мови, мова правової науки є більш досконалою, формалізованою і точною. Її основу становлять юридичні терміни, змістові значення яких розробляють та уточнюють учені. Загальноновживане слово «джерело» використовується в теорії права не як самостійне, а у стійкому словосполученні «джерело права» та стає юридичним терміном або спеціальним ім'ям поняття «джерело права», яке, у свою чергу, логічно пов'язане з іншими правовими поняттями, що утворюють поняттєвий апарат теорії держави та права. Лексична багатоманітність слова «джерело» визначила різні змістові значення спеціального наукового терміна «джерело права»².

Відповідно, завдання формулювання концептуальних засад теорії джерел права ускладнюється тим, що номінативну функцію (функцію назви) стосовно цієї правової категорії виконують лексично багатозначні слова. Ім'я «джерело права» становить словосполучення, утворене шляхом поєднання двох самостійних слів – «джерело» та «право». Ці слова є полісемічними, виконують номінативну щодо поняття функцію. Тому «джерело права» – складне багатозначне ім'я. Багаторічні наукові дискусії можуть бути припинені саме в разі визнання історично утвореної мовної та логічної багатозначності цього поняття. Наукові дослідження повинні бути спрямовані на виявлення його обсягу та змісту. На думку Т.В. Гурової, найправильнішим використанням терміна «джерело права» буде приєднання до нього додаткових означень, які уточнюватимуть сфе-

¹ Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 6.

² Там само. – С. 30–35.

ру його застосування. Такими означеннями можуть бути: «соціальне», «політичне», «формальне»¹.

Застосування методів дослідження передбачає використання певних прийомів, з-поміж яких слід зупинитися на логічних: аналізі, синтезі, гіпотезі, індукції, дедукції, класифікації.

Аналіз, або метод розгортання, дає змогу розкласти систему джерел права на елементи, кожен з яких сам по собі може бути досліджено окремо. Водночас залишаються поза увагою зв'язки й відносини з іншими об'єктами та процесами, які можуть змінити не тільки форму, а і якість системи джерел права. Аналіз кожного елемента системи ще не дає можливості пізнати її. Ця мета досягається в результаті складної роботи мислення щодо синтезування раніше, на стадії аналізу отриманих даних. Синтез конкретизує загальне, виводячи з абстракції характерні конкретні вияви системи джерел права, завдяки чому вона стає цілісною у своїй багатоманітності, з усіма зв'язками, відношеннями та взаємодіями. Таким чином, синтез використовується у процесі поєднання окремих елементів – джерел права в ціле – систему, здатну до розгортання.

Перехід від одиничного до загального становить самостійний етап наукового пізнання. Він називається індуктивним, а сукупність застосовуваних на цьому етапі методів – індукцією. Такий перехід здійснюється за допомогою екстраполяції. Знання, отримані у процесі вивчення будь-яких джерел права, переносяться на всю систему джерел права. Індукція може здійснюватись як на якісному, так і на кількісному рівнях.

З іншого боку, перехід від абстрактного до конкретного в дослідженні джерел права дозволяє показати їх об'єктивно, у всій повноті та єдності багатоманітного.

З огляду на специфіку нашого дослідження, особливу увагу необхідно звернути на застосування такого прийому, як класифікація.

Наявні сьогодні класифікації джерел права переважно застаріли і не враховують змін, що відбулися у світі, правових системах, практиці державотворення і правотворення. Тому методика класифікації потребує перегляду з урахуванням наукових принципів і прийомів класифікації. (Детальніше див. підрозділ 2.1.).

Окремим аспектом методології дослідження системи джерел права є зв'язок між її елементами – методами та прийомами, що будується у вигляді ієрархії та характеризується такими рисами: кожен метод і прий-

¹ Там само. – С. 46–47

ом посідає визначене місце стосовно до інших прийомів та способів пізнання, оскільки є основою для 'рунтовніших досліджень; сукупність методів та прийомів є інтегративною і несе завершене теоретичне знання. Оскільки методи діють не ізольовано один від одного, а всі разом, кожний метод «просвічує» кожну сторону, рису, особливість досліджуваного об'єкта, а в єдності – його цілісність як у генетичному, історичному, так і в субстанціональному, змістовому, функціональному аспектах. Це означає, що при дослідженні будь-якого об'єкта необхідно переходити від одного методу чи прийому до іншого. Такий ієрархічний взаємозв'язок зберігає своє значення, коли певний метод або їх сукупність використовуються в пізнанні відповідно до їх природи, незалежно від особливостей самого дослідження. Отже, методи дослідження джерел права можна класифікувати за п'ятьма видами: 1) методи збирання та вивчення одиничних фактів; 2) методи узагальнення; 3) методи наукової абстракції; 4) методи пізнання закономірностей; 5) методи пізнання предмета науки¹.

Відповідно до вищезазначеного, дослідження джерел права включає в себе низку розумових процесів: пізнання, оцінку, ставлення як до цілісного явища тощо.

У контексті гносеології основою пізнання джерел права є спостереження, коли відбувається збирання первинної інформації про об'єкт, різноманітних знань про джерела права, що мають форму фактів, та їх систем – це так зване емпіричне знання. Результатом є осмислення цієї інформації. За допомогою такого механізму відбувається генерування знань про джерела права. Шлях теоретичного пізнання джерел права пов'язаний з відтворенням у системі правових категорій і понять усіх необхідних сторін та основних властивостей джерел права в їх історичному й логічному взаємозв'язку.

Дослідження в галузі загальної теорії права щодо джерел права вже пройшли етап нагромадження емпіричних знань та їх систематизації. Це значні за обсягом знання, пов'язані з їх узагальненням та поясненням. Під час пізнання на зміну емпіричним методам, які орієнтують на описовість фактів, явищ, приходять інші, досконаліші та складніші пізнавальні засоби, придатні для аналізу з точки зору явища й сутності, змісту й форми, причини й наслідку, необхідності та випадковості, системи і структури, цілого й частини, загального, особливого та окремого.

¹ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. – Т. 1. Элементный состав. – 2-е изд., стер. – С. 486–487.

Сутнісний аналіз не ізолює об'єкт, а досліджує його у всій складності й суперечливості внутрішніх зв'язків, взаємовідносин з іншими об'єктами й середовищем, в умовах якого він живе¹.

Таким чином, методологія дослідження джерел права є складовою методології права, містить знання про те: 1) які підходи, принципи, методи і прийоми необхідно використовувати в пізнанні джерел права; 2) за допомогою яких підходів, принципів, методів і прийомів пізнання слід проводити будь-яку дослідну процедуру; 3) який зміст конкретних підходів, принципів, методів та прийомів використовується для джерел права, закономірностей їх розвитку; 4) яким чином методи взаємопов'язані у процесі пізнання, руху до отримання нових знань.

Роль цих методів у дослідженні неоднозначна. Предмет дослідження об'єктивно обумовлює обрання відповідних методів, визначає межі їх застосування і прийнятності, можливості розкриття соціальної сутності джерел права. Жоден з них окремо не може дати повністю об'єктивної картини дійсного змісту системи джерел права, цього можна досягти лише шляхом використання комплексу методів та способів. Водночас кожне джерело права вимагає використання певного методологічного набору.

З'ясування відмінності між підходом, принципом, теорією, методом, прийомом важливе з точки зору розмежування наукового методу пізнання і практичного засобу засвоєння знань про джерела права, визначення меж методологічної коректності при теоретичному дослідженні джерел права.

Як зазначалось, формулювання концептуальних засад теорії джерел права є кінцевою метою нашого дослідження. Наукова теорія має місце в тому випадку, якщо підсумовані нею знання мають вигляд понятійних рядів, що всебічно характеризують джерела права.

Саме тому, що система понять може бути інтерпретована як одне (розвинуте) поняття сутності предмета, ця система понять становить теорію². Складність такого завдання полягає в багатоаспектності, динаміці джерел права та об'єктивності відображення дійсності. Тому отримання необхідних результатів можливе лише із застосуванням усього методологічного арсеналу, яким володіє юридична наука.

¹ Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта+, 2001. – С. 130.

² Васильев А.М. Правовые категории. – М., 1976. – С. 37.

1.2. Понятійний апарат теорії джерел права

Поняття, що лежать в основі деяких наукових теорій, залишаються до кінця не зрозумілими, поки ця теорія може розвиватися. Наукове дослідження світу – справа нескінченна. І поки вона продовжуватиметься, існуватимуть поняття, зміст яких потребує роз'яснення¹.

Важливою складовою теоретичного дослідження джерел права є визначення поняття «джерело права», що має на меті з'ясування його суттєвих ознак та виокремлення видів джерел права.

Значення правових понять походить із їх властивості відображати найбільш важливі сторони об'єктів та явищ дійсності. Поняття розкриваються за допомогою (визначень) дефініцій, що являє логічну операцію, посередництвом якої ілюструється їх зміст. Результатом визначення поняття є текстова конструкція. Розкривається зміст поняття шляхом перерахування найважливіших ознак. Обсяг поняття утворює сукупність предметів (об'єктів), що володіють його ознаками. Зміст й обсяг поняття тісно пов'язані між собою. Чітко зафіксований зміст веде до чіткого уявлення про обсяг і навпаки².

Специфіка правового поняття «джерело права» полягає в тому, що воно має у вітчизняній юриспруденції категоріальний статус і становить досить широку систему знань, що розвивається, певну теорію у складі загальної теорії держави та права³.

Аналіз терміна «поняття» дозволяє правильно визначити його обсяг та зміст. Поняття – форма мислення, що відображає певну множину однорідних предметів або явищ дійсності у спільних для них суттєвих ознаках. Під ознакою розуміється те, що характеризує відображуваний предмет або явище, у чому воно виявляється і сприймається; ознаки розкривають властивості, якості та взаємовідношення відповідних явищ. При цьому необхідно зазначити, що в понятті неможливо відобразити всі ознаки. По-перше, тому, що їх дуже багато, а по-друге, що існують такі ознаки одного явища, охоплені даним поняттям, що не збігатимуться з ознаками інших явищ, які охоплюються тим самим поняттям.

¹ *Ивин А.А.* Логика. – М., 1998. – С. 63.

² *Власенко Н.А.* Правовые понятия и нормотворчество // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.koroboff.spb.ru>.

³ *Проблемы теории государства и права: Учеб. / Под ред. С.С. Алексеева.* – М., 1979. – С. 19.

Поняття відображає такі ознаки множини, які, по-перше, характерні для кожного елемента множини, по-друге, розкривають сутність цього елемента та всієї множини загалом, і по-третє, у своїй сукупності відмежовують дану множину від будь-якої іншої. Такі ознаки називаються суттєвими. Додаткові суттєві ознаки, що характеризують інші відносини відображуваних явищ, можуть бути підставою для виокремлення різновидів даного явища¹.

Відповідно до вищезазначеного, поняття «джерело права» включає в себе лише ті ознаки, які суттєві в певному, конкретно визначеному розумінні. Поняття «джерело права» має таке значення:

1. Узагальнює певну кількість джерел права за ознаками, що існують у певних відносинах.

2. Дає можливість згрупувати, об'єднати в певну систему такі джерела, які не збігаються між собою в більшості інших суттєвих ознак. Наприклад, поняттям «джерело права» охоплюється багато явищ, які за різними ознаками відрізняються між собою: джерела права – соціально-економічні відносини, джерела права – нормативно-правові акти.

3. Включення в поняття «джерело права» лише суттєвих ознак дозволяє відмежовувати джерела права від інших правових актів.

4. Визначення поняття «джерело права» сприяє виникненню нових знань про джерела права, у тому числі включенню до системи джерел права нових видів джерел. Це відбувається шляхом виключення у досліджуваному явищі ознак джерел права і поширення (або непоширення) на нього поняття, що означає ці джерела. Наприклад, з'ясувавши, що певний правовий акт, виданий законодавчим органом держави з метою регулювання певних суспільних відносин, застосовується протягом тривалого часу невизначену кількість разів, ми відносимо цей акт до джерел права.

5. Формування поняття «джерело права» є підставою для класифікації джерел права на різновиди, що охоплюються окремими поняттями. Наприклад, поняття «закон» охоплює велику кількість нормативно-правових актів. Залежно від структури, закони поділяють на прості та кодифіковані; залежно від сфери правового регулювання – конституційні, цивільні, адміністративні тощо. Від точності класифікації залежать оцінка того чи іншого джерела права, характеристика його юридичної природи та юридичних наслідків. Тому важливим при класифікації є

¹ Тер-Акопов А.А. Юридическая логика. Учеб. пособие. – М.: ОМЕГА – Л, 2006. – С. 26–28.

дотримання відповідних логічних вимог, а саме щодо визначення і поділу поняття.

Обсяг поняття «джерело права» – це певна сукупність джерел права, що володіють ознаками, які утворюють зміст даного поняття. Залежно від кількості представлених у понятті явищ чи предметів, поняття «джерело права» може бути визначене як загальне, часткове або одиничне.

«Джерело права» є загальним поняттям, що включає в себе всю множину джерел права. Як часткові поняття можна розглядати поняття, до складу яких входить частина множини відображуваних джерел права, об'єднаних ознакою, не властивою всім джерелам права. Наприклад правовий прецедент виникає внаслідок діяльності судових органів державної влади, тому його можна вважати частковим поняттям стосовно загального поняття «джерело права».

Одиничним поняттям, яке відображає одне (єдине) джерело права, можна назвати конкретний правовий прецедент або конкретний нормативно-правовий акт.

Водночас у межах обсягу окремих різновидів джерел права об'єктивно можливим є визначення родового та відповідних видових джерел. Зокрема, поняття окремих джерел права перебувають між собою у відносинах підпорядкованості, якщо обсяг одного із джерел входить до обсягу іншого; це відносини виду й роду. Наприклад, поняття «конституційне законодавство» входить до поняття «законодавство», а поняття «закон» входить до обсягу поняття «нормативно-правовий акт».

Як зазначалось, для визначення поняття застосовується логічна операція розкриття його змісту.

Залежно від змісту, джерела права поділяють на конкретні (оскільки джерело права розглядається як цілісне поняття) або абстрактні (коли йдеться про систему джерел права, і це є виявом співвідношення властивостей окремих видів джерел).

Крім того, якщо розглядати систему джерел права як сукупність окремих видів джерел, можна охарактеризувати їх як сукупність підпорядкованих понять (ієрархія джерел, ієрархія нормативно-правових актів).

Мета визначення поняття «джерело права» полягає в тому, щоб відрізнити їх від інших правових актів шляхом зазначення найзагальніших, суттєвих, головних, характерних, специфічних ознак джерел права. Залежно від того, яку відмітну ознаку покладено в основу, поняття джерел права може бути предметним, генетичним чи функціональним. Предметне визначення вказує на ознаку, що характеризує його сутність і зміст. Наприклад: нормативно-правовий акт – письмовий доку-

мент, який прийнятий компетентним органом держави або уповноваженим суб'єктом, встановлює, змінює, припиняє чи конкретизує норми права, містить розпорядження загального характеру і постійної дії, розраховані на багаторазове застосування.

Генетичне визначення свідчить про походження джерела права. Наприклад: судовий прецедент – джерело права, що виражене в об'єктивованому рішенні суду, містить юридичне положення або дає тлумачення суперечливого питання, або ж вирішує в певному розумінні не передбачене в законі питання. Прецедентному судовому рішенню надається формальна обов'язковість при вирішенні всіх наступних аналогічних справ. Функціональне визначення своєю відмінною ознакою називає функцію, що виконується певним явищем. Так, Конституція (Основний Закон) – основоположний установчий політико-правовий акт, що закріплює конституційний лад, права і свободи людини та громадянина, визначає форму правління і державного устрою, правовий статус органів державної влади (наприклад, у ст. 8 Конституції України визначено, що вона має найвищу юридичну силу, закріплює коло суб'єктів нормотворчої діяльності).

Джерело права – складне багатозначне й загальне поняття. При існуючій множинності значення слова «джерело» юристи, як правило, користуються одним із значень цього терміна. Завдання полягає в узгодженні поняття «джерело права» з множинністю значень слова «джерело».

Однозначне тлумачення цього терміна ускладнює наукові дослідження, які будуть пліднішими в разі визнання об'єктивної багатозначності терміна. Тлумачні словники визначають джерело за трьома значеннями: вода, що виходить на поверхню землі; те, з чого щось походить або виникає, основа, сила; оригінальна письмова пам'ятка, на основі якої будується дослідження¹.

У процесі наукового пізнання права як складного та багатоаспектного соціального явища вчені перенесли найменування об'єкта живої природи на соціальне явище з метою з'ясування причин його походження, а також об'рунтування його соціальної необхідності. При цьому загальноживане слово «джерело» набуло статусу правового терміна не окремо, а у складі стійкого словосполучення «джерело права»² та логічно

¹ Даль В. Толковый словарь русского языка. – М.: Прогресс, 1994. – С. 140; Лопатин В.В., Лопатина Л.Е. Малый толковый словарь русского языка. – М.: Рус. яз., 1993. – С. 189; Ожегов С.И., Шведов Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М.: «Азъ» ЛТД, 1992. – С. 261.

² Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 38–39.

характеризується з точки зору змісту (суттєві ознаки джерел права) й обсягу (сукупність охоплюваних ним джерел права).

Проведене нами дослідження дало змогу з'ясувати, що, по суті, всі вчені однаково розуміють джерела права як чинники, які творять право; суперечки починаються при вирішенні питання, що має вважатися чинниками, які створюють право. На думку одних учених, це – об'єктивні умови даного середовища, інших – вищий етичний закон; треті вважають, що це психічні переживання особистості, четверті – що це ті форми (звичай, закон тощо), в яких набуває владного авторитету відповідний зміст¹.

На думку Ж. Бержеля, невизначеність поняття і терміна «джерело права» часто виникає тому, що цим терміном прийнято одночасно позначати і змістовні, і формальні джерела права. Це найрізноманітніші принципи: моральні, релігійні, філософські, політичні, соціальні, ідеологічні – ті, що керують позитивними правилами, слугують їх ідеологічною основою, тобто ті, що виходять із філософії права. Це, насамперед, творчі сили права, які є його сутнісними джерелами, і називаються вони так тому, що забезпечують норми матеріальною основою².

На основі аналізу зарубіжних та вітчизняних досліджень джерел права ми дійшли висновку, що джерело права, як і саме право, неможливо визначити з будь-якого одного боку. Його використання потребує певного контексту.

Окрім того важливим є розгляд джерел права як однієї із фундаментальних категорій теорії права.

Правові категорії – це основні поняття максимального узагальнення, через які виражається зміст того, що було розкрито при вивченні певних об'єктивних закономірностей правової сфери суспільного життя. У правових категоріях виражені головні правові зв'язки та закономірності, сутність, якості, структура, форма права, без них неможливо нічого сказати про право і його розвиток, оскільки лише в поняттях та судженнях можна відтворити, відобразити у свідомості уявлення про правову дійсність³.

У процесі розвитку поняттєво-категоріального апарату теорії права під впливом інтеграції та диференціації знань ми можемо констатувати

¹ Михайловский И.В. Очерки философии права. – Томск, 1914. – Т. 1. – С. 237.

² Бержель Жан-Луи. Общая теория права. – М., 2000. – С. 97.

³ Васильев А.М. Правовые категории и их место среди категорий обществоведения научных категорий в правоведении // Тр. Всесоюз. юрид. заоч. ин-га. – Т. XXXII. Роль научных категорий в правоведении. – М., 1973. – С. 142.

розширення обсягу наших знань про право. Це виявляється, відповідно, у збільшенні кількості нових ознак і характеристик, що включаються до обсягу правових категорій, фіксує відкриття нових властивостей правової дійсності, поглиблює і конкретизує наші уявлення про право. Отже, змінюється зміст правових категорій, що виявляється у встановленні якісно нових ознак і характеристик цього поняття¹.

Нові дані не лише уточнюють, доповнюють і поглиблюють зміст певної категорії, а з низки принципів положень можуть бути ними усунуті. Таким чином, виникає необхідність перегляду змісту певних існуючих правових категорій, формування на цій основі нових понять. Крім того, розвиток понять і категорій теорії права відбувається безперервно, що зумовлює змінення співвідношення між різними правовими категоріями, уточнення їх структури в загальній структурі теорії права. Потреба в аналізі «джерела права» як самостійної категорії сучасної загальної теорії держави та права обумовлена також необхідністю постійного пошуку зовнішнього виразу права як соціального явища.

Практичне значення дослідження цієї проблеми полягає в тому, що від ступеня її розроблення, від рівня та вміння оперувати отриманими результатами при розв'язанні фундаментальних завдань юридичної науки залежить ступінь і характер віддачі правових знань.

Суттєвим аспектом досліджуваної проблеми є визначення співвідношення між поняттями «правова категорія» і «категорія права».

Категорія – це інструмент пізнання, що визначає зміст і сутність явища через сукупність його системних зв'язків, у динаміці їх розвитку. Категорія і поняття тісно взаємопов'язані й, залежно від завдань та функцій наукового пізнання, можуть перетворюватися одне в інше. Отже, зміст джерела права як категорії права може бути визначено тільки у взаємозв'язку з іншими правовими категоріями, створюючи разом з ними систему наукового інструментарію, за допомогою якого відображається і вивчається національна правова система як цілісне системне явище².

Порівняно з поняттями інших суспільних наук, юридичні визначення, або суттєві ознаки явища, як правило, отримують своє формальне закріплення у правовому акті. Тобто, об'єктивуючись у праві, відповідні поняття виходять за межі уявлень й отримують суспільно-юридичне значення. Така об'єктивація виступає як момент переходу правових кате-

¹ Там само. – С. 188.

² Мамонтов А.Г., Гаджинова Ф.М. Принципы системного подхода в исследованиях источников права // Вестн. Моск. ун-та МВД России. – 2005. – № 1. – С. 10.

горій у категорії права і є підставою для виявлення відмінності між ними, яка закріплюється в юридичній науці чітким поділом понять на правові категорії і категорії права. Різне поєднання двох слів передає певний поняттєвий зміст. Правові категорії – це наукові поняття, що виступають інструментом наукового мислення і слугують відображенню об'єктивної сутності правових явищ. Категорії права є компонентами правової нормативної структури, інструментом правового регулювання.

Коли правові категорії формалізуються в нормативному акті та стають категоріями законодавства, вони, по-перше, перетворюються у загальнообов'язкові державні приписи, по-друге, не тільки виявляються як атрибути абстрактного мислення, а й виступають як засіб регулювання суспільних відносин, як державний масштаб оцінки поведінки людей, по-третє, набувають здатності переводити загальні абстрактні вимоги на рівень практичних дій учасників правового спілкування¹. Так формується визначення нормативно-правових актів, правових звичаїв тощо. Тому для теорії держави та права дослідження поняттєвого-категоріального апарату – це не тільки методологічна, логічна, наукознавча проблема, а й завдання розроблення основ змісту джерел права, тобто вихід у сферу правотворчої та правореалізаційної практики.

Питання про правові категорії та поняття, якими оперує загальна теорія держави та права, тією чи іншою мірою вже порушувалося у працях таких учених, як Л.С. Явич, Д.А. Керімов, П.О. Недбайло, С.С. Алексєєв, О.І. Екімов та ін².

На думку більшості зазначених дослідників, розкрити зміст будь-якої правової категорії – означає, перш за все, визначити її співвідношення з іншими поняттями й категоріями. А визначити цю категорію – означає виразити її зміст через відношення до цих понять і категорій³.

¹ Васильєв А.М. Правовые категории. – М., 1976. – С. 92.

² Шемшученко Ю.С., Бабкін В.Д. Юридична наука України на сучасному етапі // Правова держава. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2005. – Вип. 16. – С. 10–15; Тацій В.Я. Методологічні проблеми юридичної науки на сучасному етапі державотворення // Правова держава. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2005. – Вип. 16. – С. 5–9; Керімов Д.А. Методологія і проблеми юридической науки // Методологические проблемы науки. – М.: Наука, 1963; Алексєєв С.С., Керімов Д.А., Недбайло П.Е. Методологические проблемы правоведения // Правоведение. – 1964. – № 4; Екімов А.И. Категория цели в науке права; Керімов Д.А. Процесс познания сущности права; Явич Л.С. К вопросу методологии юридической науки // Советское государство и право. – 1963. – № 5; Явич Л.С. Дialeктика формы и содержания в праве // Философ. пробл. государства и права. – М.: Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1970.

³ Васильєв А.М. Правовые категории и их место среди категорий обществоведения // Тр. Всесоюз. юрид. заоч. ин-та. – Т. XXXII Роль научных категорий в правоведении. – М., 1973. – С. 157.

Досліджуючи джерела права як категорії права, необхідно зважити на те, що категорії права взаємно перехреснюються і в певних пунктах збігаються, виступають як підсистеми понять, характеризуючи їх різні сторони. Тому створюється поняттєва сітка, що має вузли переходів, збігів та відмінностей, яка відображає теоретичну сутність і структуру, закономірне в розвитку й функціонуванні правової форми¹. Кожна категорія основного структурного ряду, у свою чергу, створює самостійний структурний ряд. До нього входять поняття, що характеризують структуру, зміст і форму явища, процесу, відображеного відповідною правовою категорією. Наприклад, структурний ряд «правотворчість» утворюють такі категорії, як «правотворчий процес», «джерела права», «система права», «система законодавства»².

Існують правові категорії галузевого характеру та категорії, що можна назвати основними, якими оперує загальна теорія держави та права. «Джерело права» є основною правовою категорією, оскільки є предметом дослідження правознавства загалом. Водночас окремі види джерел права входять до поняттєвого апарату окремих галузей права.

Поглиблене дослідження джерел права як правової категорії вимагає аналізу питань, що стосуються поняття форми права та джерела права, співвідношення форми права та його змісту. Суворо наукова думка ґрунтується на тому, що предмет або явище, які вивчаються, мають розглядатися через категорії сутності, змісту та форми. Філософське розуміння форми та виділення її внутрішнього й зовнішнього змісту було перенесене на право. Відповідно до цього, право як особливий феномен суспільного життя в юриспруденції аналізується за допомогою виокремлення його сутності (свобода, ідея справедливості, державна воля тощо), змісту (норми, права й обов'язки, юридична діяльність тощо) та особливих форм вияву.

Форма вживається також для позначення внутрішньої організації змісту й пов'язана з поняттям структури³. Отже, поняття форми багатозначне: під формою розуміють спосіб зовнішнього вираження змісту, зовнішній вигляд предмета. Це також внутрішня організація, спосіб зв'язку елементів усередині системи (у даному випадку поняття форми збігається з поняттям структури)⁴. Категорія «форма» застосовується для

¹ Васильєв А.М. Категории теории права: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1975. – 40 с.

² Сырых В.М. Логические основания общей теории права. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. – Т. 1. Элементный состав. – 2-е изд., стер. – С. 150.

³ Философский энциклопедический словарь. – М., 1983. – С. 621.

⁴ Алексеев П.В., Панин А.В. Философия: Учеб. – М., 1997. – С. 394.

позначення різних явищ правової дійсності, які пов'язані із зовнішнім виявом права.

Правова категорія «джерело права» використовується для того, щоб відобразити істинне знання про правову сферу суспільного життя, а категорія «форма права» виступає як взірць, державний масштаб поведінки людей та оцінки їх вчинків. Оскільки знання про правову сферу суспільного життя лежать в основі цього масштабу, остільки однойменні правові категорії і категорії права збігаються за своїм змістом. Об'єктивуючись у категоріях права, знання фіксуються; тобто, включаючись у правові акти, вони перестають розвиватись як знання. Таким чином, у формах права відбувається своєрідна об'єктивація правового знання та відмирання його як знання наукового, що слугує отриманню нових знань.

Окремим аспектом дослідження категорії «джерело права» є, на нашу думку, вивчення співвідношення понять «зміст» і «форма».

Виникнення, розвиток та існування джерел права підпорядковується загальним закономірностям зв'язку форми та змісту, що виражається у їх єдності: форма завжди змістовна. Але в цій єдності провідна роль належить змісту. Соціальне явище – право – як піднесена до закону воля суб'єктів правотворчості (його сутність), що виражається в абстрактних або конкретних приписах (зміст права), зовні матеріалізується в юридичних актах (формі). Таке твердження є дискусійним. Одні вчені називають державну волю, виражену в праві, сутністю права, інші – змістом права. Як зазначалося, сутність і зміст – філософські категорії, що мають певне значення і відображають певні сторони дійсності. Зазвичай ці категорії розглядаються з іншими категоріями як парні: сутність береться у зв'язку з явищем, а зміст – у зв'язку з формою. Воля суб'єктів правотворчості – сутність права, а юридичні норми, в яких виражається ця сутність – форма права. Будь-яка юридична норма є відображенням у свідомості суб'єктів правотворчості певного виду суспільних відносин.

Форма права, так само як і форма будь-якого явища чи процесу, не існує сама по собі, окремо від її соціальної сутності та змісту, виступає парною категорією стосовно змісту. Це означає, що: по-перше, форма права і зміст права перебувають у діалектичній єдності та взаємодії; по-друге, форма права і його зміст виступають як дві різні площини, два різні зрізи права; по-третє, форма права та його зміст переходять одне в одне, тобто стосовно одних явищ правової дійсності вона виступає як форма, а щодо інших – як зміст, і навпаки; по-четверте, форма права є динамічною і перебуває у постійному русі та розвитку. Стійка за приро-

дою, форма права, під впливом змін змісту права та навколишнього середовища, також змінюється.

На думку В.П. Тугаринова, зміст відповідає на запитання, що саме міститься у явищі, а категорія форми – на запитання, як воно міститься, тобто як поєднані частини цього змісту¹. Для зміни форми необхідний такий розвиток змісту, щоб він вичерпав усі можливості своєї форми. Тому відповідність форми своєму змістові тимчасова. Суперечності між змістом права та його формами, що виникають з розвитком економіки, суспільства й держави, викликають необхідність приведення форм права у відповідність із змістом шляхом удосконалення старих або створення нових форм права².

Історія розвитку права, виражена в розвитку його сутнісно-змістової матерії, повною мірою характеризує закономірності розвитку його джерел як форми його об'єктивації. Викликані об'єктивними економічними, політичними та іншими соціальними причинами періодичні заміни застарілих нормоположень одного історичного періоду в суспільному житті новими, що відображають змінені умови життя суспільства, як правило, отримують нові, досконаліші юридичні форми – джерела права, що істотно відрізняються від попередніх за назвою, структурою, юридичною силою, обсягом нормативного матеріалу, який міститься в них.

Хоча форма права – похідна від змісту, залежить від нього, однак вона не є пасивною: у межах своїх можливостей вона здійснює активний вплив на розвиток змісту права.

Реальні суспільні відносини є матеріальним джерелом права, зовнішнім виразом змісту права, а право – зовнішньою формою реальних відносин. Аналіз сутності права відповідає на запитання, в інтересах кого створене і функціонує право. У змісті джерел права відображено безпосередньо ті завдання правового регулювання, які виникають перед суспільством на конкретному історичному етапі³.

На погляд П.А. Оля, право неможливо визначити виключно тільки через його зміст або через його форму. Право, як будь-який феномен, має і змістову, і формальну сторони, тому й визначення права, що відображає його поняття, повинно мати формально-змістовий характер. Форма права відображає стійкий зв'язок між елементами права, що створюють

¹ Тугаринов В.П. Избранные философские труды. – Л., 1988. – С. 131.

² Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 32–34.

³ Белов Г.А. Содержание и форма социалистического права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1965. – С. 13–14.

його зміст. Формальною стороною права є юридична норма. Змістовою стороною – конкретне відношення свободи (суб'єктивне право, можливість) і необхідності (суб'єктивний обов'язок)¹. Крім того, ми поділяємо думку Д.А. Керімова, який вважає, що у праві зміст і форма – це не лише пов'язані між собою категорії, а й сторони одного і того ж правового утворення². Тому, якщо абстрагуватися від формальної сторони, то неможливо зрозуміти, чим джерела права відрізняються від інших правових категорій, зокрема й інших соціальних норм. Крім того, форма має значення пристосування для надання будь-чому певних рис. Це значення можна застосувати до джерел права, які мають нормативний характер і надають усій правовій дійсності певні риси. Іншим значенням форми є видимий зовнішній вияв норм права, пов'язаний з їх сутністю, змістом; це також тип, засіб організації джерел права. Саме це визначення широко застосовується в теорії права.

Формулювання концептуальних засад теорії джерел права передбачає також аналіз співвідношення понять «правова форма», «форма права», «джерело права».

У теорії права дослідженню проблем правової форми та форми права приділяли увагу С.С. Алексєєв, В.М. Горшеньов, І.Я. Дюрягін, С.Л. Зівс, О.С. Іоффе, Д.А. Керімов, А.І. Косарєв, М.К. Маліков, П.О. Недбайло, В.М. Протасов, Р.О. Халфіна та ін. Як правило, правова форма розглядалася в контексті змісту права і форм його вияву.

Щодо співвідношення «правової форми» і «форми права», то необхідно зазначити, що ці дві категорії співвідносяться з правом. Відмінності полягають у різних об'єктах їх впливу та організації. Форма права співвідноситься безпосередньо із правом, організовує правову матерію. Водночас правова форма опосередковує та організовує і неправову матерію, у повсякденному бутті виступає у вигляді правової форми економічних, політичних та інших відносин. Отже, форма права може бути визначена як засіб внутрішньої організації та зовнішнього вираження права, а саме виразу правил поведінки, що містяться в нормах права. Форма права орієнтується на різні складові права у вигляді норм, інститутів, суб'єктивних прав та обов'язків тощо³. Коли розглядають правові

¹ *Оль П.А. Правовая реальность: формально-содержательный анализ: Монография / Под ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. – СПб.: Санкт-петерб. ун-т МВД России, 2005. – С. 48, 66–67.*

² *Керимов Д.А. Проблемы общей теории права и государства: В 3 т. – Т. 2. Философия права. – М., 2002. – С. 108.*

³ *Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 40.*

форми, то мають на увазі право як певне соціальне явище, що відрізняється від інших ідеологічних форм, таких як: політика, моральність, релігія тощо.

На думку О.В. Малька, категорія «правова форма» найближча до категорії «правове життя». Відмінність між ними полягає лише в тому, що поняття «правова форма» всієї юридичної реальності не відображає, оскільки не може включати в себе її негативну, неправомірну частину¹. Нещодавно в науковий обіг була введена категорія «правова реальність», що використовується як близька до таких категорій, як «правове життя» і «правова дійсність»². Правова реальність інтерпретується як сукупність усіх без винятку феноменів права, що перебувають у соціальному просторі цивілізації³.

Система права як «внутрішня форма» правової реальності дозволяє зберігати стабільність правового регулювання в умовах соціальної нестабільності, при різних перетвореннях права. Як особлива властивість правової реальності системність – явище об'єктивне, стійке й незалежне від волі та бажання законодавця. Цілеспрямовані правові утворення, що плануються як зміни правової форми, повинні здійснюватись відповідно до схеми, що задається об'єктивною системою права, яка не залежить від законодавця⁴.

Ця категорія використовується також при необхідності позначення першооснови, особливої правової матерії, що є першоджерелом інших правових явищ. Правова дійсність – це правове буття в його саморозвитку, в дії, тобто правова реальність, що реалізує свій потенціал на основі суб'єктивних законів розвитку, або, точніше, правова реальність як актуально наявне буття, що реалізує певні історичні можливості⁵.

Д.А. Керімов зауважує, що правова форма може виступати як форма економічного розвитку, форма державної політики, форма науково об'рунтованого управління соціальними процесами тощо⁶. Розрізняючи

¹ Малько А.В. Политическая и правовая жизнь России: актуальные проблемы: Учеб. пособие. – М., 2000. – С. 39.

² Там само, – С. 39.

³ Бачинин В.А. Сальников В.П. Философия права: Краткий словарь. – СПб., 2000. – С. 256.

⁴ Оль П.А. Правовая реальность: формально-содержательный анализ: Монография / Под ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. – СПб.: Санкт-петерб. ун-т МВД России, 2005. – С. 93.

⁵ Оль П.А. Правовая реальность: формально-содержательный анализ: Монография / Под ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. – СПб.: Санкт-петерб. ун-т МВД России, 2005. – С. 89.

⁶ Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта+, 2001. – С. 152, 175.

поняття «правова форма» та «форма права», він наголошує на тому, що перше поняття виражає право загалом стосовно інших факторів суспільного життя. Друге має на увазі одну з форм права як самостійного феномена. Ця відмінність, як зазначалось, має істотне значення: «правова форма» може виступати як форма економічного розвитку, форма державної політики тощо; «форму права» можна розглядати і як форму цілісного типу права певної історичної формації (система та структура права), і як форму частини цього цілого (галузі, інститути, норми права), і як форму реалізації права; шляхи впливу права на суспільні відносини, що регулюються¹.

Загалом правова форма становить інтерес стосовно двох напрямів дослідження. Перший напрям показує взаємозв'язок права і неправових явищ, що потребують правової регламентації. Другий стосується ролі правової форми у структурі права. Ця роль важлива, оскільки правова форма може бути використана і як оболонка таких правових явищ, як правова норма, правовідносини тощо.

Р.О. Халфіна вважає, що термін «правова форма» застосовується в різних значеннях: як сукупність правових норм, як система права, як норма права тощо².

Крім того, як правову форму розуміють форму діяльності органів державної влади, процедуру прийняття рішень, засоби реалізації права. На думку С.С. Алексєєва, правові форми є засобами, інструментами оптимального розв'язання соціальних завдань³.

Аналіз чинного законодавства дає можливість дійти висновку про плюралізм використання понять «форма» і «правова форма» в нормативному масиві. В одних випадках законодавець зазначає про форму як про організаційно-правову форму діяльності, в інших – як про зразок або модель, як про процедуру, як про джерело права. Іноді використовується слово «форма», коли необхідно вжити слово «вид». Це свідчить про відсутність концептуального підходу до проблеми й чіткого визначення поняття правової форми.

На нашу думку, правова форма – це, насамперед, наукова комплексна категорія, що відображає різні суспільні явища, які потребують регламентації, а також слугує каркасом усередині права, впорядковує і поєднує всі правові явища і право як таке. Коли йдеться про правові форми, то мають на увазі право як певне соціальне явище, що відрізняється

¹ Керимов Д.А. Основы философии права. – М., 1992. – С. 114.

² Халфина Р.О. Право как средство социального управления. – М., 1998. – С. 174.

³ Алексеев С.С. Право. Опыт комплексного исследования. – М., 1999. – С. 351.

від інших явищ (політика, релігія, мораль), які разом із правом визначаються матеріальними й економічними умовами життя суспільства. Іншими словами, поняття «правова форма» є загальним, відображенням об'єктивного зв'язку права і явищ, на які воно впливає, визначення його місця серед інших форм. Поняття «форма права» розглядається як самостійне явище, яке виражається зовні за допомогою певних конкретних засобів. Таким чином, форма права разом з його особливим змістом робить право тим, чим воно є насправді, тобто саме правом, а не будь-яким іншим явищем¹. На відмінність між правовою формою і формою права вказує також В.М. Протасов. На його думку, правовою формою називають правові засоби загалом. А форма права – це засіб фіксації, встановлення юридичних норм, їх закріплення іззовні. Такі форми називають також джерелами права, але цей термін неоднозначний². Отже, поняття «форма права» є складовою поняття «правова форма».

Загалом проблема розуміння форми права в теорії права розв'язується по-різному. Про багатозначність цієї категорії ішлося в дослідженнях С.С. Алексєєва, С.В. Боботова, І.Ю. Жигачова, О.В. Міцкевича, Б.В. Шейндліна та ін³.

На відміну від правової форми, форма права має юридичний зміст. Це означає, що право як історичний, соціальний, духовний феномен, як різновид соціального, нормативного регулятора завжди певним чином організоване. Форму права можна розглядати і як форму доцільної правової системи, і як форму частини цілого (частини системи права), і як форму реалізації права, і як форму систематизації законодавства. Крім того, форма права – це належним чином об'єктивований правовий припис, що відповідає прийняттю у даному суспільстві уявленням про розумність і справедливість, не персоніфікований, тривалий час та одноманітно втілений у поведінці суб'єктів права, гарантований до виконання силою авторитету і/або примусу, визнаний суб'єктами права як регулятор суспільних відносин⁴.

Усю багатоманітність тлумачень категорії «форма права» можна звести до таких основних: форма права може розумітися в широкому і вузь-

¹ *Иоффе О.С.* О форме и содержании социалистического права // Вестн. Ленингр. гос. ун-та. – 1959. – № 11. – С. 80–85.

² *Протасов В.Н.* Теория права и государства. Проблемы теории права и государства. – М., 2001. – С. 111.

³ *Шейндлин Б.В.* Сущность советского права. – Л., 1959; *Боботов С.В., Жигачев И.Ю.* Введение в правовую систему США. – К., 1997; *Алексеев С.С.* Право: азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. – М., 1999; *Мицкевич А.В.* Акты высших органов Советского государства. – М., 1967.

⁴ *Бошино С.В.* Форма права: теоретико-правовое исследование: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 74–75.

кому значеннях. У широкому розумінні форма права відображає характер права як рівної міри або масштабу, що застосовується до людей як учасників суспільних відносин. У такому розумінні право є історично зумовленою формою організації суспільних відносин.

У вузькому значенні форма права розглядається як засіб вираження волі суб'єктів правотворчості або як засіб закріплення і вираження правових норм. Тобто форма права має інструментальний характер та асоціюється із джерелами права. Тому розкрити форму права – означає виявити структуру системи джерел права, визначити їх співвідношення і взаємозв'язок. Унаслідок вивчення взаємозв'язку, співвідношення джерел права визначається роль та потенційні можливості кожного із джерел права в механізмі правового регулювання.

У зв'язку із проблемою форми права, постає питання про таку організацію системи джерел права, при якій можливо було б найповніше та всебічно враховувати зміни, що відбуваються в суспільних відносинах, і відповідним чином їх опосередкувати. Отже, внутрішня будова права підпорядкована необхідності такого співвідношення між собою джерел права, щоб у кожному з них найточніше були відображені потреби розвитку суспільних відносин. Форма має слугувати тому, щоб держава у процесі правотворчої діяльності мала змогу побачити й підтримати нове та прогресивне, що виникає у суспільній практиці¹.

Хоча більшість дослідників визначає джерело права як форму права, тлумачення цієї форми різні: це нормотворча діяльність держави; результат такої діяльності; і те й інше, об'єднані загальним поняттям «зовнішня форма права». Водночас більшість дотримується думки, відповідно до якої під джерелом права розуміють форму правотворчого акта.

Таку думку не поділяє Є.П. Євграфова. Вона вважає, що міжнародно-правові акти, які у встановленому порядку визнані частиною національного законодавства, не є формою національного права за юридичною природою і роллю в регулюванні міждержавних відносин. Їх значення як певного чинника, що потребує прийняття нових законів, унесення змін до законодавства, приведення його норм у відповідність з міжнародно-правовими принципами й нормами права. Щодо національного законодавства такі акти виконують функцію зовнішнього фактора розвитку законодавства й одночасно є джерелом національного, внутрішнього права².

¹ Белов Г.А. Содержание и форма социалистического права: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. – М., 1965. – С. 5–6, 10.

² Євграфова Є.П. Система національного законодавства в контексті права (лібертарно-легістський підхід): Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 39.

Відповідно до зазначеної проблеми, у теорії права існують такі погляди:

- 1) ототожнення форми та джерела:
 - а) повне ототожнення;
 - б) зрівняння понять з метою заміни одного терміна іншим;
- 2) розподіл поняття за різними варіантами, при цьому:
 - а) одне з розумінь поняття джерела права збігається з формою або
 - б) одне із значень форми збігається із джерелом.
- 3) повний розподіл понять без збігу і за наявності інших додаткових термінів, що слугують зіставленню змісту й форми¹.

У цьому контексті актуальним і сьогодні є вислів С.Ф. Кечек'яна про те, що поняття «джерело права» належить до незрозумілих у теорії права, оскільки немає не тільки загальновизнаного його визначення; спірним є саме значення, в якому використовуються слова «джерело права», а сам цей термін є не більш ніж образом, який має, насамперед, допомогти розумінню, ніж надати розуміння того, що ним визначається. Водночас термін «джерело права» давно встановився у юридичній науці та практиці, увійшов до наукового вжитку. Автори використовуючи його, пам'ятають, що під ним вони мають на увазі не силу, яка надає праву загальнообов'язкового значення, а лише форму, способи вираження права. Тому цей термін має умовний характер. Специфічні способи або форми вираження державної волі, за допомогою яких ця воля стає правом, і є джерелами права (різні правові акти, які встановлюють або санкціонують норми права). У доповіді «Радянське соціалістичне право та його джерела» дослідник ототожнює форму та джерело права й відносить до нього: законодавство, соціалістичну правосвідомість, звичай, керівні роз'яснення Верховного Суду СРСР².

Підтримав цю позицію Л.С. Галесник: те, що в юридичній науці називають джерелами права, насправді є лише формами, засобами закріплення і вираження юридичних норм³. Усі зазначені дослідники вживають при цьому словосполучення «форма вираження» або «спосіб закріплення». Законодавство – одна з тих форм, в які об'єктивується об'єктивне право, це найкраща, найвища форма його вияву. Наприклад, досліджуючи природу звичаїв, М.Л. Дювернуа дійшов висновку, що зви-

¹ Бошно С.В. Соотношение понятий «источник» и «форма» права // Юрист. – 2001. – № 10. – С. 22.

² Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки Моск. гос. ун-та. – Вып. 116. Тр. юрид. ф-та. – Кн. 2. – М., 1946. – С. 17.

³ Галесник Л.С. Нормы права и практика коммунистического строительства // Вопр. общей теории советского права. – М., 1960. – С. 8.

чай водночас є і джерелом, і формою права. Характеру форми йому надає визнання державою (у вигляді санкціонування) його обов'язковості. Характер джерела права він має при створенні позитивного права¹.

Г.Ф. Шершеневич, прибічник ототожнення джерела права і форми права, вважає, що під назвою джерел права традиційно розуміють термін, який використовується для «згладжування» відмінностей між термінами різних історичних періодів. До того ж термін «джерело права» має самостійне значення для дослідження правоутворення, як основа права, а також форма вираження позитивного права, які мають значення обов'язкових засобів ознайомлення з діючим правом. Непридатність терміна «джерело права» пояснюється його багатозначністю. Під цією назвою розуміють сили, що створюють право, матеріали, покладені в основу будь-якого законодавства, історичні пам'ятки, засоби пізнання діючого права². Згодом автор зауважує, що під назвою джерел права слід розуміти форми вираження позитивного права, які мають значення обов'язкових засобів ознайомлення з діючим правом. Такому критерію відповідають лише звичаєве право і закон, але не відповідають наука права та судова практика. Цей критерій дає змогу відокремити джерела – форми «в технічному розумінні» – від інших понять, що також позначаються словом «джерело» (правотворчі сили, історичні пам'ятки, матеріали, покладені в основу закону)³.

Прибічники ототожнення понять «форма права» та «джерело права», зокрема С.Ф. Кечек'ян, М.М. Коркунов, В.М. Хвостов, вважають, що джерело права – це ті форми, в яких виникають і набувають обов'язкової сили юридичні норми⁴.

Саме вживання терміна «джерело права» в аспекті юридично формалізованого виразу як документального носія правових норм дає підстави ототожнювати його з поняттям «форма права». Відповідно до цього, форма права розкривається в системі офіційно встановлених юридичних документів, що містять у собі нормативно виражену державну волю. Закони, укази, постанови та інші правові акти є типовими видами форм права. Крім того, існує розмаїття і множинність форм, що використовуються для внутрішньої організації змісту права, їх зовнішнього вираження. Водночас існує певна єдність змісту й форми права. Державна воля набуває загальнообов'язкового характеру зазвичай у «формально-

¹ Довернуа Н.Л. Источники права и суд в Древней Руси. – М., 1869. – С. 6.

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. – М., 1911. – Т. 1. – Вып. 2. – С. 24.

³ Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. – М., 1911. – С. 98.

⁴ Хвостов В.М. Общая теория права. – 6-е изд. – М., 1914. – С. 85.

документальній» формі. Цей формально-юридичний аспект проблеми надзвичайно важливий і має домінувати при аналізі форм вираження правових приписів¹.

Наприклад, В.І. Смолярчук, досліджуючи проблему форм і джерел права, дійшов висновку, що щоразу, коли йдеться про джерело права або про форму права, то під ними розуміють одне й те ж саме – спосіб, за допомогою якого одному і тому ж правилу поведінки надається обов'язкової сили². В.О. Лучин констатує, що поняття «джерело права в юридичному розумінні» і «форма вираження правових норм» багатьма авторами ототожнюються. Досліджуючи джерела державного права, автор також використовує поняття «джерело права» та «форма вираження права» як рівнозначні³.

А.Б. Венгеров вважає, що поняття «джерело права» – це синонім поняття «форма права»⁴. Водночас, зауважимо, що синонімічних понять не існує, існують синонімічні слова. З цим також узгоджуються випадки, коли визначення джерел права виключає згадування про форму. Так, зокрема, С.С. Алексєєв зазначає, що джерела права – це видані державою або визнані нею офіційно документальні засоби вираження і закріплення норм права, надання їм юридичного, загальнообов'язкового значення⁵.

Проте вибір між «джерелом» і «формою» права може набувати і цілком категоріального значення. У разі тотожності – «форма (джерело) права» – розуміння джерел права може розглядатися в різних аспектах: матеріальному, ідеологічному, формально-юридичному тощо⁶. Тобто дехто з дослідників займає позицію узагальнюючого характеру, об'єднуючи поняття «форма права» і «джерело права», вони виокремлюють джерело права в матеріальному розумінні (фактори, що зумовлюють зміст права) та джерело права у формальному розумінні (правові акти)⁷.

¹ Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. – М.: Юриддат, 1940. – С. 173.

² Смолярчук В.И. Источники советского трудового права. – М., 1978. – С. 12.

³ Лучин В.О. Источники советского государственного права. – Куйбышев, 1976. – С. 4.

⁴ Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учеб. для юрид. вузов. – М., 2000. – С. 340.

⁵ Белкин А., Карапетян С.А. Источники федерального конституционного права: актуальные проблемы // Право и современность: теория, проблемы, перспективы. – Барнаул, 1999. – С. 22–23.

⁶ Калинин А.Ю., Камаров С.А. Форма (источник) права как категория в теории права // Правоведение – 2000. – № 6. – С. 3.

⁷ Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. – М., 2001. – С. 18.

М.В. Баглай вважає, що коли джерела права розглядають як форму правових актів, то зазвичай використовують термін «джерело права в юридичному розумінні». Таким чином, це поняття відмежовується від поняття «джерело права в матеріальному розумінні», під яким розуміють матеріальні джерела формування права, тобто умови життя людей та суспільства. Ця категорія була введена в юридичну науку марксистським історичним матеріалізмом для того, щоб виявити «надідеалістичну» природу права, матеріалістичний детермінізм його розвитку¹.

На думку Н.Л. Гранат, у теорії права поняття «джерело права» розглядається в широкому й вузькому розуміннях. У першому випадку – це причини та умови правотворення або генезису (походження) права; у другому – це спосіб закріплення та існування норм права або те джерело, з якого можна черпати норми права. Водночас існує два різновиди широкого розуміння джерел права – матеріальний та ідеологічний. Другий аспект прийнято називати формально-юридичним. Вживання терміна «форма права» поряд із поняттям «джерело права» свідчить про багатоманітність вияву їх сутності. Тому можливе використання кожного з понять, але з'ясувавши попередньо їх зміст².

У формальному розумінні джерело права – це форма, завдяки якій правова норма набуває загальнообов'язкового значення³. Питання про те, що є джерелом права у формальному розумінні, вирішується залежно від відповіді на запитання, у чому полягають підстави обов'язковості норм права, які саме форми надають нормам правового характеру⁴. Таким чином, формальне розуміння терміна «джерело права» зливається з формою через правотворчу діяльність уповноважених суб'єктів.

Іншими словами, змістова сторона зовнішньої форми права відображає, яким чином створюються, визнаються та об'єктивуються загальнообов'язкові правила поведінки. Якщо розглядати цей аспект форми права стосовно реалізації прав та свобод громадян, виконання ними обов'язків, то вона виступає носієм діючих норм і є фактичним та юридичним джерелом права. Існує принципова єдність актів правотворчості та форм вираження права, їх поєднання в юридичних джерелах⁵.

¹ Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации: Учеб. для юрид. вузов и ф-тів. – М., 1998. – С. 18.

² Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 6–12.

³ Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 39.

⁴ Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки Моск. гос. ун-та. – Вып. 116. Тр. юрид. ф-та. – Кн. 2. – М., 1946. – С. 7–8.

⁵ Алексеев С.С. Теория права. – М.: БЕК, 1994. – С. 83.

Водночас очевидно, що відповідні аспекти охоплюють суттєво різні для юриспруденції поняття, хоч вони й називаються одним терміном.

Основні негативні риси, на думку А.Ю. Калініна та С.О. Комарова, пов'язані з ототожненням понять «джерело» та «форма права», полягають, по-перше, у тому, що, незважаючи на багатозначність та невизначеність цих термінів, вони мають різну етимологічну природу, а саме: джерело характеризує походження, генезис будь-якого явища, його початок¹; форма ж характеризує спосіб організації змісту, його зовнішній вияв. По-друге, ототожнення джерела та форми права призводить до необхідності спільного розгляду різних за своєю природою явищ, починаючи від джерела (форми) як матеріальних умов життя суспільства, включаючи формально-юридичне розуміння цих термінів, і закінчуючи джерелом (формою) у сенсі пізнання історії розвитку права. Знайти спільні підстави для об'єднання вищезгаданих явищ навряд чи можливо, оскільки вони стосуються різних рівнів пізнання, а саме наукового, тобто формально-юридичного аспекту питання (форми права), та філософського – питання генезису, походження права (його джерела)².

Ми поділяємо також думку О.В. Родіонової, яка вважає, що ототожнення понять «джерело права» і «форма права» є хибними. У науці не має бути тотожних термінів, що визначають одне й те саме поняття. Це свідчить про те, що в науці існує прогалина, яку треба усунути. Замість того, щоб розглядати джерело права в «широкому» розумінні, обумовлюючи, що в цьому випадку маються на увазі соціальні фактори, умови і сам правотворчий орган, та джерело права у «вузькому» розумінні (формально-логічному), маючи на увазі конкретні результати формалізації, конкретні форми права (закон, правовий звичай, юридичний прецедент тощо), можливо, є сенс у першому випадку ввести термін «джерело права», а в другому – «форма права». Під джерелом права будемо розуміти не всі соціальні фактори, а лише правотворюючі, що надають нормам поведінки статусу норм позитивного права, а під формами права – види формалізації правових норм. Однозначність термінологічного тлумачення має не лише теоретичне, а й серйозне практичне значення³.

Прибічники цієї позиції не допускають існування власного значення у кожного з цих понять, не визнають можливої заміни одного іншим.

¹ Чижев Н. Источники и формы права. – Варшава, 1878. – С. 5.

² Калінін А.Ю., Комаров С.А. Форма (источник) права как категория в теории права // Правоведение. – 2000. – № 6. – С. 3.

³ Источники (формы) права: Межвуз. сб. науч. тр. / Отв. ред. Е.Л. Поцелуев. – Иваново: Иванов. гос. ун-т, 2003. – С. 9.

При цьому, на їхню думку, за різних обставин одне й те саме явище може бути формою права, а може – джерелом.

У загальній теорії права у 50-х роках ХХ ст. була спроба відмовитися від терміна «джерело права» та замінити його іншим терміном – «форма права» або «нормативні акти». Зокрема, О.П. Шебанов пропонував замінити термін «джерело права» категорією «форма права»¹. Під формою права, на думку О.П. Шебанова, потрібно розуміти прийняті в даному суспільстві форми вираження нормативної державної волі панівного класу. Закони та інші акти, що називаються формальними джерелами права, є лише формами вираження права і, як і будь-яка форма, не можуть бути джерелом свого змісту².

На думку дослідника, використання терміна «джерело права» призводить до викривлення його дійсного змісту. Вживання терміна «форма права» є доречнішим, оскільки поняття «джерело права» у формальному розумінні не відповідає загальноприйнятому в російській мові розумінню слова «джерело» як сили, причини, що створює це явище. Окрім того, використання поняття «форма права» виводить дослідника на розв'язання таких юридичних проблем, як правотворчість, взаємовідносини форми та змісту права, структура й форма правової норми, взаємозв'язок окремих форм права. Крім того, в аспекті «форми права» зручніше відокремити джерела права від інших правових актів. Водночас у використанні терміна «джерело права» стосовно нормативних актів, судових прецедентів, правових звичаїв немає нічого ненаукового³.

Щодо з'ясування сутності категорії «джерело права» О.П. Шебанов пропонує два підходи: 1) для позначення різних актів державних органів, що встановлюють норми права або санкціоновані норми, що вже склалися в суспільстві; 2) джерела пізнання права стосовно законів, указів, рукописних пам'яток, археологічних даних, що дають змогу вивчати характер і зміст права різних історичних епох. Перше визначення джерела права тотожне поняттю «форма права». Поняття «джерело права» більшою мірою розкриває соціальну зумовленість правових норм, їх життєві витoki й реальну багатоманітність форм вираження державної та іншої офіційної волі, що отримала державну санкцію. При цьому наводяться такі аргументи:

– глибина поняття «форма права» дає змогу аналізувати зміст правових приписів і має значення для дослідження правотворчості;

¹ Шебанов А. Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 42.

² Там само. – С. 32–44.

³ Там само. – С. 43.

– розробка і вирішення питання форми права допомагають науці глибше й повніше розкрити сутність права кожного історичного типу, показати його роль у суспільстві, підвищити соціальну ефективність впливу права на суспільний розвиток;

– поняття «форма права» дає змогу пояснити різні форми й засоби правотворчості правильніше, ніж це зроблено в контексті поняття «джерело права»;

– термін «джерело права» не можна застосовувати до актів держави, які роз'яснюють правові норми, вводять їх у дію, визнають такими, що втратили силу, мають нормативний характер, але не містять правових норм¹.

Такої думки дотримуються вчені і в сучасній теорії права. Посилаючись на багатогранність терміна «джерело права», В.А. Котюк пропонує замінити його терміном «форма права». Під цими термінами він розуміє, по суті, різні види права, що склалися історично, обрані державою та відрізняються за способом оформлення змісту норм права².

О.П. Шебанову, свого часу, заперечив Л.С. Явич, вважаючи форму права складною категорією, що має внутрішню і зовнішню складові. У першому випадку вона характеризує систему права, у другому – форму вираження нормативно-державної волі³. На думку дослідника, формування права, правотворення починається у сфері матеріальних відносин власності. Саме тут виникає соціальний феномен у вигляді фактичних суспільних відносин, які за своєю природою вимагають юридичної форми. Завершується процес правотворення формулюванням відповідних юридичних норм за допомогою державної діяльності. Результатом такої діяльності є державні акти, що містять юридичні норми і виступають формами вираження об'єктивного права, що традиційно називають джерелом права⁴. Урівноважуючою стала позиція С.Л. Зівса. На його думку, для позначення зовнішнього вияву норм права краще застосовувати термін «джерело права». У джерела права є важлива перевага: це термін спеціальний та умовний, він не претендує на вичерпну точність, але зручний у вживанні⁵. Державну форму вираження волі панівного класу, або форму встановлення діючих правових норм, зазначав С.Л. Зівс, у теорії і на практиці прийнято називати джерелом права, яке

¹ Там само. – С. 42–44.

² Котюк В.О. Теорія права: Курс лекцій: Навч. посіб. для юрид. ф-тів. вузів. – К.: Вентури, 1996. – С. 35.

³ Явич Л.С. Право и общественные отношения. – М., 1971. – С. 47–50.

⁴ Там само. – М., 1971. – С. 50.

⁵ Зивс С.Л. Источники права. – М., 1981. – С. 21.

при цьому визначається у найзагальнішому вигляді як «форма вираження права»¹, як особливі специфічні форми вираження волі панівного класу, за допомогою яких норми набувають юридичної обов'язковості й забезпечуються державним примусом².

У контексті дискусії С.Л. Зіве запропонував використовувати термін «джерело норм права», оскільки йдеться про зовнішню форму вираження норм права.

Дехто з дослідників дотримується позиції узагальнюючого характеру, об'єднуючи поняття «форма права» та «джерело права»: вони виокремлюють джерело права в матеріальному розумінні (фактори, що зумовлюють зміст права) та джерело права у формальному розумінні (правові акти)³.

В.С. Нерсисянц також твердив, що тлумачення терміна «джерело права» як форми права є умовним, оскільки це поняття може мати інше значення: соціальні чинники, безпосередню силу, що створює право; джерело інформації про право (законодавчі пам'ятки, підручники з права, доктринальне право тощо). Визначення джерела права у формально-юридичному сенсі є дещо умовною угодою між юристами, що покликана створювати умови для уникнення багатозначності цього поняття⁴.

До них приєднався А.М. Васильєв, один з основних дослідників правових категорій: у науці не може бути «чистих» понять і категорій, що не мають жодного зв'язку з дійсністю, ніяк не відображають складних процесів її реального розвитку. Право, з його нормативного боку, відображається категоріями «норма права», «система права», «форма (джерела) права», виступає як своєрідна форма духовного освоєння соціальної дійсності, як державна воля, що концентрує «теоретичну енергію», яка виявляється в тому, що законодавець, ґрунтуючись на пізнані закономірності соціальних процесів, прагне свідомо на них впливати, ідеально (в законі) моделюючи доцільну поведінку людей у регульованих суспільних відносинах. Використовуючи в назві цієї категорії структурний понятійний ряд категорії «форма (джерело) права» слово «джерело», ми не маємо на увазі сутність питання, а віддаємо данину юридичній традиції, що зберігається в галузевих юридичних науках, які використовуються для назви того, що сучасна теорія права називає поняттям «фор-

¹ Там само. – С. 8.

² Большая советская энциклопедия. – М., 1953. – Т. 19. – С. 39.

³ Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. – М., 2001. – С. 18.

⁴ Проблемы общей теории права и государства: Учеб. для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсисянца. – М.: Норма, 2004. – С. 265.

ма права». Таким чином, дослідник здійснює спробу компромісно розв'язати проблему – «форма (джерело) права»¹. При розгляді первинних джерел права збігу не може бути, оскільки феномени, що розглядаються, перебувають на різних рівнях: матеріальні, соціальні, політичні фактори – належать до матеріальних, або реальних, сфер життя; форми ж права асоціюються з формальними сферами життя, а саме – з формально-юридичними аспектами матеріальної, соціальної тощо сфер життя².

Сьогодні більшість авторів визнають, що термінологічні суперечки, пов'язані з отождоленням понять «джерело права» і «форма права», не завжди схоластичні³, однак не можна ні зводити право до форм його вираження, ні відокремлювати його від цих форм, оскільки спектр вияву значення цих понять не обмежується розглядом вищезазначених термінів у «юридичному розумінні слова»⁴.

На думку О.В. Міцкевича, терміни «форма права» і «джерело права» вживаються при висвітленні питання про форми зовнішнього вираження права в одному й тому ж значенні зовнішньої форми об'єктивації, вираження права або нормативної державної волі. Таке визначення поняття джерела права необхідно відрізнити від поняття джерела, що породжує та об'єктивно зумовлює виникнення правових норм. У цьому контексті джерело – це корінь, витік виникнення, зміцнення і розвитку правових норм. Це соціальні витoki права⁵. Але воля суб'єктів правотворчості, що становить зміст позитивного права, має досить багато засобів і форм вияву та об'єктивації. Система офіційно встановлених форм права фіксує і закріплює лише кінцевий результат, підсумок правотворення. Процес спонтанного розвитку нормотворчості глибше та всебічно виражається у понятті «джерело права», і в цьому полягає їх пізнавальна цінність.

Протиставлення термінів «джерело права» і «форма права» свідчить про відмінність між ними, зумовлену розбіжностями характеризованої правової дійсності. Якщо термін «форма права» показує, як зміст права організовано й виражено зовні, то термін «джерело права» позначає ви-

¹ Васильев А.М. Правовые категории и их место среди категорий обществоведения // Тр. Всесоюз. юрид. заоч. ин-та. – Т. XXXII. Роль научных категорий в правоведении. – М., 1973. – С. 88.

² Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 56.

³ Лазарев В.В. Теория государства и права (актуальные проблемы): Учеб. пособие. – М.: Академ. МВД РФ, 1992. – С. 124.

⁴ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, ТЕИС, 1997. – С. 336–338.

⁵ Общая теория государства и права: Академ. курс в 2 т. – Т. 2: Теория права / Под ред. М.Н. Марченко. – М., 1998. – С. 133.

токи формування права, систему факторів, що визначають його зміст і форми вираження¹.

Прибічники виключного застосування терміна «форма права» наголошують на точнішому відображенні характеризуваного ним поняття, яке охоплює як нормативний матеріал, так і правозастосовні, індивідуальні та інші ненормативні правові акти. Зовні право виражається у правових актах, які з філософських позицій точніше називати формами права. Цим широким поняттям охоплюються правові явища, пов'язані з виникненням та існуванням правових приписів, наявних як у нормативному, так і в іншому правозастосовному матеріалі. Закон – не форма права, а форма вираження та закріплення державної волі і, таким чином, – спосіб формування та створення правової норми. У законі міститься правова норма, у ньому як у джерелі знаходимо правила поведінки суб'єктів суспільних відносин.

У системі категорій права поняття «джерело права» виконує подвійну функцію. З одного боку, воно дає змогу відмежувати джерела права від соціальних регуляторів, які такими не є. Будь-яка правова система визначає у своїй доктрині й законодавстві, які джерела (форми) права визнаються діючими. З іншого боку, це поняття розкриває місце будь-якого джерела права в системі джерел права, співвідношення його юридичної сили з юридичною силою інших джерел права².

Це означає, що держава в особі органів державної влади стає єдиною силою, яка створює право у вигляді нормативних приписів. Таке становище суперечить природі правової держави. У зв'язку з цим, термін «джерело права» доцільніше використовувати для позначення не всієї правової дійсності, а лише її частини – нормативного матеріалу, що становить систему джерел права.

На думку С.В. Бошно, результатом правотворчості є не джерела, а форми права. Дослідниця наголошує на існуванні власного специфічного змісту як у терміна «джерело права», так і в терміна «форма права». Використання обох понять істотно розширює діапазон юридичних досліджень³.

Підміна джерела права його зовнішньою формою не враховує глибинного змісту цієї наукової категорії. За межами дослідження зали-

¹ Лучин В.О., Мазуров А.В. Указы Президента Российской Федерации: основные социальные и правовые характеристики. – М., 2000. – С. 18.

² Нерсисянц В.С. Философия права: Учеб. для вузов. – М.: НОРМА, 2001. – С. 49–53.

³ Бошно С.В. Состношение понятий источник и форма права // Юрист. – 2001. – № 10. – С. 22.

шається зв'язок джерел права з правотворенням, праворозумінням. Для глибшого проникнення в методологічну суть поняття «джерело права» П. Музиченко пропонує застосовувати таку теоретичну категорію, як «правотворення», що на сучасному етапі розвитку суспільства охоплює всі складні процеси, які передують виникненню будь-якого джерела права. Правотворчий процес потребує врахування низки об'єктивних чинників, які об'єктивуються у створюваних правових нормах і є їх джерелами. До таких чинників (джерел) належать економічні, соціально-політичні, культурологічні та юридичні.

Розмежувавши джерело й форму права як, відповідно, походження і створення права, можна побачити, що у випадку нормативного підходу (коли джерелом є сама норма, а право і закон ототожнюються), а також при зведенні джерела виключно до державної волі поняття, що розглядаємо справді збігаються, у чому і вбачається головна причина ототожнення джерела і форми у вітчизняній правовій думці¹. Зазначений підхід не відповідає сучасному рівню розвитку правової науки, суспільних відносин і не сприяє підвищенню ефективності правового регулювання.

Для природно-правової концепції та соціологічного підходу до сутності права багатозначність терміна «джерело права» – це й недолік, й перевага, яка дає можливість врахувати неповний збіг права й закону, недосконалість форми, її відрив від джерел та сутності.

Необхідно зазначити про самостійність зазначених категорій та їх взаємозв'язок. Аналіз юридичної літератури щодо співвідношення категорій «форма права» і «джерело права» дає підстави для висновку, що, хоча, на думку більшості дослідників, вони повністю не тотожні, але близькі, проте умовно можуть бути взаємозамінюваними². Водночас заслуговує на увагу об'рунтування переваг використання для позначення зовнішнього виразу права терміна «форма права». Термін «джерело права» у формальному розумінні не зовсім відповідає загальноприйнятому розумінню слова «джерело» як сили, що створює це явище. Розгляд джерела права тільки у формально-юридичному значенні означає зведення його до поняття форми. Те, що термін «джерело права» не виступав самостійною категорією, пояснюється типом світосприйняття радянського періоду³.

¹ Калинин А.Ю., Комаров С.А. Форма (источник) права как категория теории государства и права // Правоведение. – 2000. – № 6. – С. 4.

² Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 41–42.

³ Калинин А.Ю., Комаров С.А. Форма (источник) права как категория теории государства и права // Правоведение. – 2000. – № 6. – С. 5.

Використання терміна «форма права» допомагає на науковій основі розв'язувати проблему взаємовідносин форми права та його змісту, пояснити різні форми й засоби правотворчості правильніше, ніж це можливо в контексті поняття «джерела права».

С.С. Алексєєв, не отожднюючи цих понять, вважає, що нормативні акти є формою права тому, що виконують функцію юридичних джерел, тобто актів правотворчості. Іншими словами, юридичне джерело, взяте у змістово-документальній формі, тобто як носій юридичних норм, є формою існування права. По-друге, нормативний акт як форма права у практичному житті є формальним джерелом, з якого люди беруть інформацію про юридичні норми¹. Тому потрібно використовувати термін «джерело права» саме в цьому розумінні, оскільки термін «форма права» виражає ширший зміст характеризованого явища.

Частина дослідників (І.Е. Фарбер, О.С. Іоффе, М.Д. Шаргородський) визначали джерела права через норми права. Державна воля, виражена у праві, набуває певної та необхідної форми. Цією формою є норми права². Або: як форма вираження права виступає юридична норма. Внутрішня форма права (юридична норма) надає йому обов'язковості, а зовнішня (нормативні акти держави) визначає місце цієї правової норми в загальній системі їх підпорядкування³.

Н.М. Онищенко у праці «Становлення та розвиток джерел радянського права в Україні» зазначає, що, по-перше, поняття «джерело права» уявляється невіддільним від поняття «юридична норма». Якщо йдеться про джерела права, мається на увазі передусім той або інший спосіб існування норм права. Джерела права історично різноманітні, але у всіх випадках вони є носіями правових норм. Тому з погляду етимології, при визначенні джерела права було б точніше вживати поняття «джерело правової норми». По-друге, джерело права визнається формою зовнішнього вираження правової норми, звернення до якої дає уявлення про чинні в даний момент державно-обов'язкові правила. Про них дізнаються, ознайомлюючись із змістом різних нормативних актів, з керівними, підсумковими документами, що виходять із судових інстанцій, з різними звичаями і, зокрема, у сфері державного життя⁴.

¹ Алексєєв С.С. Общая теория права. Курс лекций: В 2 т. – М.: Юрид. лит., 1981. – Т. 2. – С. 213.

² Фарбер И.Е. О сущности права: (Учеб. пособие). – Саратов, 1959. – С. 47.

³ Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. – М., 1961. – С. 134.

⁴ Онищенко Н.Н. Становление и развитие источников Советского права на Украине / Н.Н. Онищенко: АН УССР. Ин-т государственного права. – К.: Наук. думка, 1988. – С. 17.

Викликає сумніви визнання правотворчої діяльності джерелом права. Слід погодитися з думкою О.П. Шебанова: сама по собі правотворча діяльність не може вважатися силою, що створює право; це лише форма реалізації цієї сили. Характеру і значення норми права набувають не тому, що вони є результатом будь-якого виду правотворчої діяльності, а тому, що, виразивши в ньому волю суб'єкта правотворчості, держава водночас забезпечує її виконання своєю примусовою силою¹. До О.П. Шебанова приєднується І.Б. Новицький: джерело права – не нормотворча діяльність держави як процес, це акт нормотворчої діяльності, яким встановлюються або визнаються юридичні норми². Таким чином, джерело – не процес правотворчості, а його результат.

Про збіг сутності джерел і форм права можна констатувати, тільки маючи на увазі джерела права у формально-юридичному розумінні, які одночасно є формами права. Методологічно правильною основою дослідження проблем організації правового змісту актів суб'єктів правотворчості є теорія джерел права в формально-юридичному розумінні.

Також доцільно використовувати поняття «джерело позитивного права» і поняття «форма права». Перше – традиційне для позначення зовнішнього вираження норм права. Друге – як ширше – для характеристики всіх зовнішніх виявів права: нормативних та ненормативних. Розуміння єдності джерел і форм права виходить з юридичного змісту цих термінів. Ми поділяємо думку В.М. Баранова, що не слід відривати процес правотворення від його результатів³. Потрібно визнати подвійне значення джерел права, досліджуючи його як нормативний зміст права (форму права) і як основу, з якої право походить. Неможливо провести межу між причинами виникнення правових норм, як неможливо відокремити форму від змісту. Багатоаспектність поняття «джерело права» свідчить про те, що воно не є сталим, а враховує зміни, які відбуваються одночасно з розвитком суспільних відносин.

Отже, поняття «джерело права» має принаймні два аспекти: 1) це зовнішня форма встановлення, форма вираження права; 2) аспект конститутивний – надання нормі правової якості. Джерело права є зовнішньою формою об'єктивації правової норми. Причому тільки об'єктивована в певній формі норма стає загальнообов'язковою, її реалізація забезпечується відповідними засобами державного примусу.

З іншого боку, аналіз проблеми дає змогу стверджувати, що поняття «джерело права» – це історично зумовлені економічні, соціально-

¹ Шебанов А. Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 37–38.

² Новицкий И. Б. Источники советского гражданского права. – М., 1959. – С. 7–8.

³ Общая теория права. Курс лекций. / Под ред. В. М. Баранова. – М., 2004. – С. 249.

політичні, культурологічні і юридичні фактори суспільного розвитку, які об'єктивуються при правотворенні та зводяться до конкретного юридичного образу нормативно-правового акта, правового звичаю, правового прецеденту та доктрини¹.

Категорія «джерело права» не може ототожнюватися з категорією «форми права», яка орієнтована на теоретичне пізнання не лише форм зовнішнього вираження правових норм, а й інших ознак, що характеризують зовнішні зв'язки правових явищ. У юридичній літературі форми права вивчаються в різних аспектах, у кожному з яких виокремлюються певні ознаки, що характеризують не лише внутрішню, а й зовнішню форми права. Важливим у вивченні категорії «джерело права» є виявлення форм зовнішнього вияву норм, що в сукупності створюють галузі права. Що ж до побудови системи права та структури правових норм – елементів форми права, то вони виключаються з поняття «форма права». При цьому слід вказати на багатоманітність форм для внутрішньої організації змісту права і форм зовнішнього вираження норм права в актах державних органів. Таким чином, можна стверджувати про неможливість ототожнення категорій «форма права» і «джерело права». Водночас розмежування понять «форма права» та «джерело права» вибудоване на односторонньому розумінні цих понять. Слід пам'ятати, що правові терміни не завжди збігаються з букввальним значенням слів, часто наука та практика вкладають у них різний зміст. Так відбулося з терміном «джерело права», в який наука вдихнула глибший зміст, ніж просто витік (або початок) чого-небудь: крім власне матеріального змісту, це словосполучення набуло також юридичного значення форми його вираження².

Визначення концептуальних засад теорії джерел права передбачає також з'ясування основних аспектів співвідношення категорії «джерело права» з такими категоріями, як «правова система» і «система права».

Окрім аспекти правової системи, системи права і системи джерел права висвітлювалися у працях С.С. Алексєєва, С.М. Братуся, В. Бернхейма, С.В. Боботова, Д. Рене, І.Ю. Жигачова, О.В. Зайчука, О.С. Іоффе, В.М. Карташева, Л.А. Луць, О.В. Мішкєвича, Н. М. Оніщенко, О.Л. Копиленка, В.С. Журавського, С. В. Поленіної, І.С. Самб'яшенка, Ф.М. Решетнікова, О.К. Романова, В.М. Синюкова, Ю.О. Тихомирова, Р.Б. Топольського та ін.

¹ Музиченко П. Нове бачення проблеми джерел права // Юрид. вісн. – 1998. – № 3. – С. 108–115.

² Линник Л.Н. К вопросу об источниках избирательного процесса как самостоятельной отрасли права // Право и политика. – 2002. – № 1. – С. 6.

Прагнення науковців до широкого розуміння права зумовило необхідність введення в науковий обіг відповідних категорій. Одна з таких категорій – правова система¹. Ця категорія охоплює велике коло явищ правової реальності в їх системному взаємозв'язку. Що ж до самих елементів правової системи, то питання про їх перелік та механізм їх взаємодії в юридичній науці залишається відкритим, незважаючи на те, що сутність правової системи може бути пізнана й пізнається на підставі вивчення окремих її складових і визначення закономірностей їх розвитку.

У юридичній науці існують різні підходи щодо визначення поняття і змісту правової системи. Це зумовлено багатогранністю і різноманітністю підходів та принципів її дослідження. Незважаючи на такий факт, більшість дослідників дійшли висновку, що це складна категорія, складовий елемент соціальної системи. У недалекому минулому термін «правова система» використовувався у трьох значеннях: у розумінні типу права; як явище, рівнозначне праву або законодавству; як група правових сімей².

Сучасному розумінню правової системи властиві широкий та вузький підходи. Широкий підхід охоплює сукупність національних правових систем, об'єднаних спільністю походження джерел права, основних правових понять, методів і способів розвитку. За такого розуміння права це складна юридична категорія, що поєднує взаємопов'язані елементи правової дійсності, які мають юридичний зміст, а саме: правові принципи, систему права, правову діяльність, правові відносини тощо. У вузькому значенні цей термін означає національну правову систему³.

Л.С. Явич зауважує, що поняття правової системи не можна ототожнювати із системою об'єктивного та суб'єктивного права, хоча вирішальне значення у правовій системі мають сутність і зміст права⁴.

У цьому контексті необхідно зазначити, що деякі дослідники ототожнюють правову систему із системою правових норм (системою права), інші – застерігають проти ототожнення цих категорій⁵.

Правову систему слід розглядати як правову цілісність, зміст якої полягає в єдності утворюючих її елементів (частин), які певним чином об'єднані між собою (за змістовими чи формальними критеріями) і які,

¹ Матузов Н.И. Правовая система и личность. – Саратов, 1987. – С. 13.

² Тилле А.А. Социалистическое сравнительное правоведение. – М., 1975. – С. 90–93.

³ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира. – М., 1993. – С. 77.

⁴ Явич Л.С. Общая теория права. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. – С. 41, 131.

⁵ Методологические и теоретические проблемы государства и права развитого социализма. – М., 1983. – С. 11.

залежно від їх природи (об'єктивної або суб'єктивної) та характеру зв'язків між ними (закономірних чи випадкових), утворюють відносно стійку організацію. Відповідно до цього, внутрішній зміст правової системи організований у вигляді багатьох систем і структур, що створені за різними ознаками. Складові правової системи можна згрупувати в декілька частин: інституційна, функціональна, нормативна, які неоднакові за юридичною природою, змістом, ступенем впливу на суспільні відносини, мають різний ступінь нормативності, оскільки значна частина їх походить від права, правових норм та їх складових. Під нормативною частиною правової системи слід розуміти таку сукупність нормативно-правових засобів (нормативних регуляторів), які є посередниками у виникненні та існуванні зв'язків між суб'єктами. Інституційну частину становлять суб'єкти права. Функціональна частина – це сукупність зв'язків між суб'єктами права, які об'єктивуються через діяльність суб'єктів (здебільшого) у правові відносини¹.

Категорія «правова система» є основою для системного вивчення правової дійсності й визначає співвідношення внутрішньої структури – системи права і зовнішніх засобів офіційного визнання та об'єктивації права (правові звичаї, судові прецеденти, законодавство, нормативні договори тощо)². Отже, правову систему характеризують дві взаємопов'язані категорії права: система права та система джерел права. Система права, з огляду на обумовленість соціально-економічними процесами, що відбуваються в суспільстві й державі, має об'єктивний характер, покликана врегулювати різноманітні за змістом і формою суспільні відносини. Структуру системи права, як відомо, становлять норми, інститути й галузі права. Засобом надання нормам права (як основному структурному елементу системи права) визначеності, форми їх існування є їх формулювання у вигляді правових актів – джерел права.

На думку Ю.О. Тихомирова, поняття «правова система» є теоретико-методологічною основою для розвитку уявлень про правові явища і є родовим поняттям для таких видових понять, як «система законодавства», «закони», «система права» тощо³. Крім того, аналіз правової системи крізь призму розвитку джерел права дозволяє, на думку О.В. Зайчука, одночасно розв'язати два завдання: визначити характер взаємодії та основні тенденції розвитку внутрішньої структури правової системи, вия-

¹ Луць Л.А. Сучасні правові системи світу. – Л.: Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2003. – С. 56.

² Там само. – С. 13.

³ Тихомиров Ю.А. Публичное право. – М.: БЕК, 1995. – С. 212.; Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: НОРМА, 1996. – С. 45.

вити основні риси взаємодії та взаємовпливу таких важливих блоків, як право, правосвідомість та правова діяльність. Функціонування всіх цих структур правової системи тим чи іншим чином замикається на формах права. Цей підхід дає можливість розглядати зв'язки правової системи з багатьма підрозділами економічної та політичної систем суспільства¹.

У правовій системі найтісніші зв'язки, з огляду на їх властивості, мають її підсистеми – джерел права й система права, що взаємодіють з іншими її елементами.

Ці системи необхідно розглядати як цілісність, а з іншого – як системи, що мають самостійний характер, але співвідносяться між собою. Система права – це внутрішня структура права, що відповідає характеру регульованих ним суспільних відносин. Система джерел права – зовнішня форма права. Тому існує органічна єдність системи права і зовнішньої форми права – системи джерел права – форми існування правових норм у правових приписах, засобах надання їм формальної визначеності й об'єктивації, їх упорядкування та об'єднання в конкретних джерелах права.

Важливо визначити спільні та відмінні риси цих самостійних систем, які, як зазначалось, є невід'ємними елементами більш складної системи – правової.

Система права й система джерел права є різними за своєю природою категоріями. Система права відображає об'єктивні закономірності суспільного розвитку, і від ступеня цієї об'єктивності залежить зміст системи джерел права та ефективність їх реалізації. Більшість дослідників наголошує на об'єктивному характері системи права порівняно із суб'єктивним характером системи джерел права, які є результатом діяльності суб'єктів правотворчості. На нашу думку, не слід протиставляти об'єктивність системи права і суб'єктивність системи джерел права, необхідно розглядати їх співвідношення.

Об'єктивність структури та змісту системи джерел права обумовлена об'єктивним характером побудови та функціонування системи права, відповідно до основних закономірностей суспільного розвитку. Право – це інформаційно-управляюча система, а система джерел права – система, призначення якої полягає у збереженні правової інформації та оптимізації її використання. З визначеною часткою умовності це співвідношення може бути представлено як співвідношення змісту і форми. Відтак система права відповідає філософській категорії «зміст» і стано-

¹ Зайчук О.В. Правовая система США (историко-теоретический анализ). – К.: Наук. думка. 1992. – С. 45.

вить внутрішню структуру права, відповідно до характеру регульованих ним суспільних відносин. Система джерел права відповідає категорії «форма» і становить сукупність формально-юридичних джерел права. Система права характеризує структуру змісту права, визначену з точки зору юридичної абстракції (теоретичної моделі). Така оцінка системи права дозволяє розглядати її як об'єктивне явище, що перебуває поза безпосередньою просторово-часовою залежністю. Система джерел права становить сукупність діючих у межах даної держави правових приписів. У цьому розумінні джерела права суб'єктивні, оскільки, виникаючи з волі суб'єктів правотворчості в порядку передбаченої державою процедури, правові приписи можуть з волі того ж суб'єкта змінюватися і скасовуватися.

Юридичні норми є основою для формування системи джерел права. Водночас, на думку О.І. Юшика, юридичні норми становлять лише формальну основу побудови системи законодавства, як базові структурні елементи цієї системи. Однак самі собою юридичні норми не визначають конкретно-історичну особливість цієї системи законодавства, її змістове наповнення, зрештою, суспільно-політичну орієнтацію законодавства, оскільки кожна норма має лише частковий характер компонента стосовно до системи законодавства загалом. Змістову основу формування системи законодавства становить юридичний закон, яким визначаються особливість конкретної законодавчої системи, її суспільно-політична орієнтація та її змістове наповнення¹.

Правова норма і правовий припис співвідносяться як зміст і форма. Правові норми – первинний елемент системи права, правовий припис – первинний елемент системи джерел права, а система права і система джерел права є складовими елементами правової системи.

На думку С.С. Алексєєва, юридична норма – це абстракція, що не існує інакше як у вигляді нормативних положень різноманітних «джерел права», які викладаються у текстовій формі, співвідносячись із нормою як частина з цілим. Термін «нормативне положення» є загальним щодо терміна «нормативний припис»². Більшість же дослідників первинним елементом системи законодавства вважає аналог первинного елемента в системі права – нормативний припис³.

¹ Кодифікація законодавства України: теорія, методологія, техніка / Ю.С. Шемшученко, О.І. Юшик; За заг. ред. О.І. Юшика. – К.: Парлам. вид-во, 2007. – С. 35.

² Алексєєв С.С. Структура советского права. – М.: Юрид. лит, 1975. – С. 87.

³ Лисенкова О.С. Система законодавства України: структурно-функціональна характеристика: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2001. – С. 6–7.

На нашу думку, термін «нормативне положення» є не точним, оскільки слово «положення» означає твердження, думку, що лежить в основі чого-небудь; одним із значень слова «припис» є правило співжиття, норма поведінки¹. Тому доречнішим у цьому випадку є вживання терміна «нормативний припис».

Правова система, система права та система джерел права співвідносяться між собою як загальне й часткове. Норми права, виражені в нормативно-правових приписах й опосередковані юридичними джерелами права, є для правової системи її системотутворюючим елементом, стрижнем, який об'єднує навколо себе складові, що входять до неї, центром правової системи. Із цим стрижнем певним чином пов'язані всі інші компоненти правової системи. Ці взаємозв'язки, їхня стійкість і стабільність визначають цілісність правової системи.

Органічний взаємозв'язок правової системи, системи джерел права і системи права забезпечуються завдяки принципам права, оскільки вони містять цілі, що орієнтують і спрямовують розвиток системи джерел права та правової системи загалом, виконують функцію загального закріплення суспільних відносин. Вони характеризують зміст і сутність права в концентрованому вигляді й демонструють, на яких засадах у ньому відображаються економічні, політичні й моральні відносини, показують структуру права і співвідношення між різними джерелами права, суспільством і державою тощо. Вони є синтезуючими засадами, об'єднуючими зв'язками, практичною основою виникнення, становлення і функціонування багатьох правових явищ. Принципи права визначають правоутворюючу та правореалізаційну діяльність, координують функціонування механізму правового регулювання, соціальних суб'єктів, формують правове мислення і правову культуру, цементують структуру й систему права².

Як зазначалося, система права й система джерел права охоплюють нормативну частину правової системи, характеризують її зміст, напрями правової політики держави. Як залежна від системи права, система джерел права, у свою чергу, впливає на неї через систему своїх законів та інших нормативних актів держави, сприяє більш повній відповідності структури джерел права, станові економіки суспільства і цілям державної політики³.

¹ Новий тлумачний словник української мови: У 4 т. // Уклад.: В.В. Яремко та ін. – К.: Аконіт, 1999. – Т. 3. – С. 545, 718.

² Колодій А.М. Принципи права. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 236.

³ Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 27.

Особливості правової системи визначають особливості поняття і змісту окремих джерел права. Наприклад, зміст поняття «закон» визначається правовою доктриною тієї чи іншої правової сім'ї. Доктрина провідної ролі законів, на думку Д.І. Луковської, а разом з ними і всіх інших законодавчих актів у романо-германській правовій сім'ї, органічно пов'язана з низкою інших доктрин, таких, зокрема, як теорія «жорсткого» суверенітету держави, теорія «панування права» та ін¹. Абсолютний суверенітет держави передбачає виключну правотворчість держави.

Доктрина закону в мусульманських країнах визначає, що вся поведінка людини, її мораль, відправлення релігійних культів тощо регулюється основними законами, які мають синкретичний характер та «божественне» походження і містяться у священній книзі мусульман – Корані. Питання, не врегульовані Кораном або суною, можуть бути врегульовані шляхом видання законів парламентом. Отже, існує складна класифікація законів: достовірні ті, що походять з Корану, суні та іджми; основні та приєднані (засновані на аналогії з подіями, описаними в Корані та суні); закони, дані згори й загальновизнані, встановлені людьми. Усі ці різновиди законів не мають найвищої юридичної сили; над ними стоять принципи Корану. У конституціях зазначених країн визначається, що шариат є джерелом законодавства. У сучасних мусульманських державах парламентами прийнято низку законів, що суперечать архаїчним положенням Корану (наприклад, про правове становище жінок)².

У мусульманських країнах поняття закону не пов'язується з діяльністю парламенту; в умовах військових режимів закони приймаються надзвичайними органами військового управління. У правових системах країн, що розвиваються, раніше виокремлювали чотири концепції закону, кожна з яких по-своєму визначає коло законодавчих органів, сферу законодавчого регулювання тощо. Країни, що зазнали впливу англосаксонського права, розрізняють закон у широкому розумінні – будь-яку писану чи неписану норму, що може бути захищена в судовому порядку (статути, звичаї та судові прецеденти), та у вузькому – статут (акт парламенту). Країни, що зазнали впливу французького права, під законом розуміють акт парламенту як вищого представницького органу влади. Концепція закону полягає в обмеженні сфери законодавчої влади, законодав-

¹ Луковская Д.И. Социологическое направление во французской теории права. – М., 1972.

² Чиркин В.Е. Закон как источник права в развивающихся странах // Источники права. Отв. ред С.А. Сосна. – М.: Наука. – С. 11.

чого регулювання. Закон може бути прийнято не з будь-якого питання, а лише з тих, про які зазначено в конституції¹.

Окремим аспектом взаємозв'язку системи права та системи джерел права в межах правової системи є з'ясування їх походження. Система права як сукупність норм права та система джерел права виникають у результаті правотворчої діяльності – правотворчості. Метою правотворчості є створення єдиної, внутрішньо узгодженої системи норм, яка регулює різноманітні за змістом суспільні відносини; розвиток і вдосконалення національного права в контексті основних тенденцій розвитку міжнародного права та відповідності основним його стандартам; утвердження принципу верховенства права.

У цьому контексті слід зазначити, що правоутворення як процес утворення права складається із трьох етапів: гносеологічного, під час якого відбувається процес виникнення і становлення права у формі правосвідомості; матеріального, на якому право формується в результаті реалізації суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, що трансформуються у конкретні правовідносини; інституційного – коли право виступає у вигляді норм права, які в сукупності утворюють систему². Отже, зміст поняття «правоутворення» відображає процес появи права як результат соціального розвитку суспільства, який починається із з'ясування потреби в нормативному регулюванні суспільних відносин, створення концепції (ідеї, форми) такого регулювання, розробки і прийняття правового акта та введення його в дію. Тобто категорія «правоутворення» співвідноситься з категорією «правова система».

Правотворчість – це один з етапів правоутворення, правова форма діяльності держави та інших суб'єктів правотворчості щодо прийняття, зміни, призупинення дії і скасування юридичних норм. Мета, зміст і результати правотворчої діяльності обумовлюються різного роду факторами, що об'єктивно існують у суспільстві, різних його сферах. Серед них: рівень розвитку державно-правових інститутів, правова культура населення, форма державного устрою, правління та режим, характер ментальності суспільства тощо. Ефективність правотворчої діяльності залежить від урахування цих факторів, а також принципів правотворчої діяльності. Це найважливіший засіб управління суспільством у контексті формування стратегії його розвитку, а також показник цивілізованості й демократизації суспільства.

¹ Там само. – С. 7–8.

² Скажун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. – Х.: Консум, 2001. – С. 294–295.

Правотворча діяльність як процес створення різних форм вираження правових норм є основою функціонування правової системи.

Таким чином, у межах правової системи в результаті правотворчості створюється відповідна модель взаємодії суб'єктів права, яка фіксується у правових нормах, що утворюють систему права, та об'єктивується у вигляді джерел права як зовнішній вияв. Тому категорія «правотворчість» співвідноситься з категоріями «система права» і «система джерел права».

У країнах романо-германської правової сім'ї, у тому числі й в Україні, основним видом правотворчості є законотворчість, а основним джерелом права – нормативно-правовий акт (закон). Законотворчість – один з різновидів правотворчої діяльності; розглядається як діяльність уповноважених органів щодо прийняття, зміни, призупинення дії та скасування законів і підзаконних нормативно-правових актів. Таким чином, категорія «законотворчість» співвідноситься з категорією «система законодавства», є складовим елементом (різновидом) правотворчості, а правотворчість – правотворення.

Логічним наслідком пізнання внутрішньої форми права – системи права, її доповненням, конкретизацією і розвитком, відповідно до теорії систем, є методологічне значення структури та елементів системи джерел права.

Усі правові структури перебувають між собою у різних відносинах координації і субординації, створюючи таким чином цілісні багатоструктурні правові утворення різних рівнів, складний комплекс структур правового цілого. Внутрішня будова системи права, як і внутрішня будова системи джерел права в межах певної правової системи, має вигляд структур з вертикальним та горизонтальним вимірами. Так, наприклад, у структуру нормативного акта включаються структури норм права і статей нормативних актів, що мають різну природу й характер. У свою чергу, структура нормативного акта впливається певним чином у структуру відповідної галузі чинного законодавства. Структури галузей законодавства здійснюють певний вплив на систему права й навпаки¹.

Вертикальний вимір системи джерел права вибудовується відповідно до юридичної сили джерел права.

Горизонтальний розподіл системи джерел права відбувається, передусім, під впливом об'єктивно сформованої системи права, являє собою сукупність окремих систем джерел права: системи нормативно-правових актів, системи правових прецедентів, системи нормативно-правових до-

¹ Керимов Д.А. *Методология права (предмет, функции, проблемы философии права)*. – М.: Аванта +, 2001. – С. 200–201.

говорів, правових звичаїв, які об'єднуються у групи залежно від предмета правового регулювання.

Систему законодавства утворюють галузі та інститути законодавства. Галузь системи права збігається з галуззю законодавства лише в тих випадках, коли галузь права виражена в нормах одного джерела права (приміром, норми кримінального права виражені у кримінальному кодексі), і не збігаються в випадку, якщо галузь права виражена не лише в певному законі, а в декількох законах чи в інших джерелах права (наприклад, у підзаконних актах або нормативно-правових договорах чи правовому прецеденті).

Розрізняють також міжгалузеві інститути законодавства. Галузеве законодавство регламентує відносини в межах окремої галузі (скажімо, кримінально-правове законодавство поширює свій регулятивно-охоронний вплив винятково на сферу дії однойменної галузі права). Міжгалузеве законодавство регулює поєднувані будь-яким сполучним елементом суспільні відносини, що виникають у рамках різних галузей права (наприклад, митне законодавство регламентує відносини, що випливають з митних, адміністративних, цивільних правовідносин та ін.). Таким чином, коли йдеться про появу нової галузі права (інформаційне право, військове право, гірське право, транспортне право), то йдеться, по суті, не про галузі права як такі, а про появу нової міжгалузевої групи законодавчих актів. Крім того, у межах горизонтального структурування законодавства варто розрізнити звичайне і надзвичайне законодавство, а також законодавство загального та спеціального характеру.

Вертикальний розподіл системи джерел права ґрунтується на принципах субординації, підпорядкування, ієрархічності. Критерієм вертикального розподілу системи джерел права є їх юридична сила. У межах певної правової системи джерела права побудовані за принципом ієрархічної підпорядкованості й утворюють систему джерел права таким чином, що приписи нижчих джерел права видаються на підставі й на виконання норм вищих джерел і будь-яка норма в межах цієї системи повинна відповідати нормі джерела права вищої юридичної сили. Можливі колізії між правовими актами розв'язуються з позицій системності. Доктриною і законодавством у межах кожної правової системи (сім'ї) вироблені з цією метою спеціальні прийоми юридичної техніки¹. Принцип ієрархії має свої особливості стосовно різних джерел права. Наприклад, у країнах романо-германської правової сім'ї вищу юридичну

¹ Проблемы общей теории права и государства: Учеб. для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 265–266.

силу має конституція; у системі нормативно-правових актів – закон. (Детальніше див. підрозділ 2.3).

Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана парламентом, є джерелом права, юридична сила якого дорівнює силі закону. Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції. Отже, прослідковується примат міжнародного права перед національним.

У США міжнародні договори знаходяться на тому ж шаблі в ієрархії джерел права, як і федеральні статuti. Конгрес може внести зміни в будь-який міжнародний договір, прийнявши статут, що скасовує будь-які положення договору¹.

При вивченні правової дійсності необхідно досліджувати не лише вплив частини на ціле, а й зворотний вплив цілого на частини. Зокрема, не лише вплив системи права й системи джерел права на правову систему, а й зворотний вплив правової системи, її окремих елементів на систему права й систему джерел права. Система джерел права як складова правової системи є інструментом, за допомогою якого правова система здійснює функції та виконує власні завдання. Контакти системи джерел права із правовою системою здійснюються лише в межах її функціонального призначення, що не дозволяє їх отожднювати.

Зміст системи джерел права, а саме їх перелік, може змінюватися і бути особливим у кожній державі. Це залежить, насамперед, від приналежності права держави до тієї чи іншої правової сім'ї, особливостей соціально-економічного та політичного розвитку, звичаїв і традицій, ментальності населення та інших чинників, що впливають на правотворення.

Саме сукупність джерел права, кожне з яких робить неоднаковий внесок у регулювання суспільних відносин, створюють неповторність та своєрідність правових систем, що існують у світі². Система джерел права, що притаманна кожній з існуючих правових систем, може свідчити про їх спільність, яка ґрунтується на однорідності низки джерел права, різному їх розумінні та тлумаченні³. Водночас система джерел права як частина має підпорядкований характер стосовно правової системи, що інтегрує, об'єднує їх, впливає на неї, перетворює відповідно до своєї природи, мети і завдань⁴.

¹ Правова система США. 3-й вип. – М.: Новая юстиция, 2006. – С. 104.

² *Топалевський Р.Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 9.

³ *Марченко М.Н.* Сравнительное правоведение. Общая часть. Учеб. для юрид. вузов. – М.: Зерцало, 2001. – С. 110-112.

⁴ *Керимов Д.А.* Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта+, 2001. – С. 230-233.

Тому система джерел права у правовій системі має двосторонню природу: з одного боку, джерела права характеризуються своїми індивідуальними особливостями, а з іншого – ці особливості набувають специфічного забарвлення в результаті впливу інших частин правової системи та її впливу загалом. Зокрема, система юридичних джерел права – це своєрідний масив норм, виражених нормативними приписами, які розгортаються упродовж історії – у певному часі й у певному просторі (територіальному і соціальному), – розвиваючись відповідно до еволюції суспільства, і фіксують наявний стан правосвідомості та юридичної практики як двох складових елементів правової системи, суміжних із системою права і системою юридичних джерел права. Юридичні джерела права значною мірою виступають як результат взаємодії правосвідомості та юридичної практики, опосередкованої через діяльність юридичних інституцій¹.

Зокрема, система юридичних джерел права має тісний зв'язок із правосвідомістю: звичаєве право об'єктивує правосвідомість традиційного суспільства у вигляді правових звичаїв; судові прецеденти – правосвідомість суддів; адміністративні прецеденти – правосвідомість посадових осіб відповідного адміністративного органу; закони – правосвідомість парламентарів. Загальні принципи права формалізують і виражають правосвідомість громадянського суспільства, що, у свою чергу, породжує особливий статус конституцій сучасних держав у системі юридичних джерел права. Це спричинено тим, що сучасні конституції, ґрунтуючись на загальних принципах права (правах людини), є «мірилом» для законів, які мають відповідати конституціям і не суперечити їм².

Особливості джерел права, а також специфіка їх взаємодії визначають природу правової системи. Наприклад, існування правового прецеденту як джерела права ідентифікує країну щодо її приналежності до англосаксонської правової сім'ї. Тобто система джерел права має визначальний характер щодо правової системи окремих країн, активно впливає на їх типологізацію.

У межах розвитку правової системи розвиток джерел права можна охарактеризувати як еволюційний, як такий, що пройшов низку етапів: від звичаїв (мононорм), які були регулятором суспільних відносин у первісному суспільстві, традицій, діяльності юристів, правової доктрини

¹ *Топалевський Р.Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 9.

² Там само.

до складних форм – регуляторів суспільних відносин: нормативно-правових актів, правових прецедентів, нормативно-правових договорів тощо. З іншого боку, деякі із зазначених джерел, проходячи в своєму розвитку декілька етапів, зберегли своє значення і залишилися у правових системах, а деякі, проіснувавши деякий час, залишилися тільки як історичні пам'ятки права.

Зміст поняття «джерело права» змінювався залежно від типу праворозуміння, який існував та домінував у той чи інший період в певній державі. Наприклад, у межах нормативізму найбільше розповсюдження отримало поняття формального джерела права. Відповідно до цього, діяльність уповноважених суб'єктів з прийняття нормативно-правових актів (законотворчість) ототожнювалася із правотворчістю (процесом прийняття правових актів) та правотворенням (створенням права загалом); нормативно-правовий акт (закон) вважався основним джерелом права, право ототожнювалось із законом, а система права виключно із системою законодавства, система законодавства із системою нормативно-правових актів, а система нормативно-правових актів із системою джерел права. Якщо дотримуватися принципів об'рунтованого нормативізму, вважаючи, що закон – лишень одна з форм права, то законодавство як сукупність законів також виявляється однією з форм вираження права, одним із джерел права (позитивного, об'єктивного). Якщо ж розглядати право й закон у контексті природно-правової концепції, якщо під змістом права розуміти моральні засади, певні уявні побудови, – тоді, звичайно, і законодавство стає незалежним, відірваним від права. Отже, система права й система законодавства «живуть» окремим, іноді навіть і не пов'язаним між собою життям¹.

Розбудова громадянського суспільства та правової держави, визнання людини, її прав і свобод найвищою соціальною цінністю, утвердження принципу верховенства права, різноманітності джерел права призвели до розмежування зазначених понять. У сучасній теорії права сформувалися нові підходи до праворозуміння, а отже, – і до визначення зазначених категорій. Закон – це одна з інституційних форм існування права, яке може існувати у вигляді рівного та справедливого масштабу свободи, що відображається у правових принципах, правовій свідомості, правовій доктрині, правових відносинах тощо – неінституційних формах. (Див. розділ 3).

¹ Венгеров А.Б. Теория государства и права: Часть II. – Теория права. – М.: Юристъ, 1996. – Т. I. – С. 158.

Відповідно розкриття змісту джерел права як структурних елементів правової системи, дає можливість встановити характерні ознаки тієї чи іншої правової системи в певний історичний період.

Розвиток джерел права відповідно до закономірностей розвитку правової системи зрештою надає їм цілісності, впорядкованості, системності. Система права як «внутрішня форма» правової реальності дозволяє зберігати стабільність правового регулювання в умовах соціальної нестабільності, при різного роду перетвореннях права. Як особлива властивість правової реальності системність – явище об'єктивне, стійке, що не залежить від волі та бажання законодавця. Цілеспрямовані правові утворення, плановані як зміни правової форми, повинні здійснюватись відповідно до схеми, що задається об'єктивною системою права, яка не залежить від законодавця¹.

Водночас констатуючи визначальний характер джерел права у правовій системі, буде помилковим вважати їх головним елементом правової системи. Стосовно значення окремих елементів правової системи в її структурі та реалізації основних функцій в юридичній науці існують розбіжності. На думку окремих дослідників, існує центр правової системи – це право², держава, Конституція як Основний Закон держави³, людина, її права та інтереси. Протилежного погляду дотримується Л.А. Луць, на думку якої, якщо правова дійсність аналізується на засадах системного підходу, будь-які компоненти не можуть претендувати на головну роль: це може призвести до порушення закономірностей розвитку правової системи, в якій всі елементи розміщуються за певними «системними» законами і є рівнозначними. Усі компоненти, що належать до системи, виконують функції, спрямовані на існування системи як єдиного цілого⁴.

Окремим аспектом співвідношення правової системи й системи джерел права є дослідження тенденції до злиття окремих частин національних систем джерел права з міжнародною та регіональною системами

¹ *Оль Л.А.* Правовая реальность: формально-содержательный анализ: Монография / Под ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. – СПб.: Санкт-петербург: ун-т МВД России, 2005. – С. 93.

² *Правовая система социализма* / Под ред. А.М. Васильева. – Кн. 1. – М., 1986. – С. 65–66; *Гаврилов О.А.* Стратегия правотворчества и социальное прогнозирование. – М., 1993. – С. 16; *Теория государства и права: Курс лекций* / Под ред. Н.П. Матузова, А.В. Малько. – М., 1997. – С. 159.

³ *Тихомиров Ю.А.* Аспекты развития правовой системы // Социальные вопр. правотворчества. – М.: Юрид. лит., 1980. – С. 36.

⁴ *Луць Л.А.* Сучасні правові системи світу. – Львів: Юридичний факультет Львівського національного ун-ту ім. І. Франка, 2003. – С. 44.

юридичних джерел права. Отже, проблема співвідношення національного та міжнародного права переростає у проблему співвідношення національних джерел права.

Наприклад, у частині X Декларації про державний суверенітет України зазначено: «Українська РСР визнає пріоритет загальноєвропейських норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права». У ст. 9 Конституції України стверджується: «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України». Це підтверджується нормами Закону України «Про дію міжнародних договорів»: укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори становлять невід'ємну частину національного законодавства України й застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Таким чином, міжнародний договір можна охарактеризувати як джерело міжнародного права і як джерело національного права.

На думку Р.Б. Тополевського, таке поєднання систем юридичних джерел права дає можливість говорити про існування загальної (універсальної) системи джерел права, яка охоплює такі рівні: міжнародна система джерел права – регіональна (наднаціональна) система джерел права (в разі її наявності) – національна система джерел права¹.

Отже, характерні риси системи права і системи джерел права визначаються їх місцем та роллю у правовій системі як її складових частин – підсистем. Відповідно до цього, розвиток системи права і системи джерел права визначається розвитком правової системи².

Поняття «система права» фіксує аспекти структурної організації правових норм, водночас як система джерел права – структурної організації джерел права в будь-якій національній правовій системі. Система права й система джерел права є елементами більш широкої за обсягом категорії «правова система», мають вертикальну (ієрархічну) та горизонтальну будову, характеризуються цілісністю, системністю, єдиною спрямованістю.

Ефективність функціонування правової системи залежить від узгодженого розвитку системи права і системи джерел права. Крім того, встановлення правильного співвідношення між системою права, системою

¹ Тополевський Р. Б. Системні зв'язки юридичних джерел права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 12.

² Детальніше див.: Пархоменко Н.М. Джерела права як сутнісна характеристика типу правових систем. Вступ до теорії правових систем / За заг. ред. О.В. Зайчука, Н.М. Онщенко: Монографія. – К.: Юрид. думка, 2006. – С. 57–77.

джерел права та правовою системою є теоретичною і практичною проблемою, розв'язання якої забезпечить її узгодження та підвищить ефективність правореалізації, забезпечить доступність джерел права для суб'єктів суспільних відносин.

1.3. Загальні ознаки джерел права

Визначаючи поняття «джерело права», дослідники рунтуються на одній або декількох його ознаках. Зокрема, під джерелом права розуміють втілений в певній зовнішній формі й наділений юридичною силою державно-владний припис, за допомогою якого регулюються та охороняються суспільні відносини¹. О.А. Лук'янова розуміє під джерелами права нормативно-правові акти органів держави, а також недержавних організацій, що наділені правотворчими функціями, які є формою вираження волі всього народу, виступають єдиними носіями правових норм і надають їм загальнообов'язкового значення². С.В. Бошно розглядає форму права як оболонку, в якій існує право, яка є способом об'єктивації і дозволяє виокремлювати джерела права як першопричини від власне права. Виділяються істотні ознаки форми права, що сприяє з'ясуванню сутності права, зокрема: обов'язковість, нормативність, визначеність, стабільність, загальновідомість, державна підтримка, легальність (для нормативно-правових актів, оскільки неможливо визначити правомірність створення звичаю, який виникає безпосередньо із суспільної практики, без особливих процедурних правил)³.

На думку І.Е. Фарбера та В.О. Ржевського, важливими є такі ознаки форми права: по-перше, визначеність, здатність ясно формулювати права та обов'язки можливих учасників можливих правовідносин; по-друге, загальнообов'язковість, охоронювана можливістю державного примусу тих, хто ухилитиметься від її приписів; і, по-третє, загальновідомість ад-

¹ Ромашов Р.А., Сальников М.В. Источники современного российского права: некоторые проблемы систематизации // Актуальные пробл. теории и истории государства и права: Материалы междунар. науч.-теорет. конф. – Санкт-Петербург, 24 декабря 2003 г. – Ч. 1 / Под общ. ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. – СПб: Санкт-петерб. ун-т МВД России, 2004. – С. 140.

² Лукьянова Е.А. Закон как источник советского государственного права. – М.: Моск. гос. ун-т, 1988. – С. 15.

³ Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 64–65.

ресатам юридичної норми (отже, повинен бути особливий порядок публікації нормативних актів та введення їх у дію)¹.

М.О. Власенко підійшов до вивчення ознак форм права з лінгвістичної точки зору, виділяючи: мовну стандартизованість, системність побудови права, графічну визначеність норм права².

М.Н. Разумович виділяє такі ознаки джерел права: правотворча значимість; зміст у вигляді юридично оформленої державної волі; державна обов'язковість і гарантованість; особлива юридична форма; встановлення основ правового регулювання у певних сферах суспільного життя³. Існують й інші думки.

Констатуючи відсутність єдиного підходу до визначення ознак джерел права, загальними та найсуттєвішими з них необхідно вважати такі: джерело права є офіційною формою вираження і закріплення волі суб'єктів правотворчості, серед яких суспільство, народ, держава в особі органів державної влади; має особливий порядок виникнення; державна обов'язковість і державна гарантованість; формальність; нормативність; юридична сила; ієрархія; системність змісту; стабільність; дія в часі, просторі й щодо кола осіб.

Діяльність суб'єктів правотворчості є необхідною основою інституалізації права, що полягає у свідомо-вольовому формуванні змісту правових приписів та наданні їм юридичної сили, що відбувається в тому випадку, коли вона виражена не в будь-якій, а лише в певній формі. Такою формою є джерела права – правові акти. Отже, якщо воля суб'єктів правотворчості є джерелом права, то джерела права – правові акти становлять форму, що надає цій волі юридично обов'язкової сили. Поняття волі є визначальним для форм і джерел права. Воля у цьому контексті – це бажання мати певний вид суспільних відносин, зазначений у відповідній нормі; воля – бажання суспільства (або його частини) – являє собою джерело права, і воля-наказ – це оформлене у відповідну загальнообов'язкову форму те ж правило. Наприклад, бажання спільноти жити в парламентсько-президентській республіці оформляється відповідними змінами до Основного Закону – Конституції. Таким чином, Конституція виступає як джерело, з якого беруться конституційно-правові

¹ Фарбер И.Е., Ржевский В.А. Вопросы теории советского конституционного права. – Саратов, 1967. – С. 70.

² Власенко И.А. Проблемы точности выражения формы права (лингво-логический анализ): Дис. в форме науч. докл. д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 1997. – С. 12.

³ Разумович Н.Н. Источники и форма права // Советское государство и право. – 1988. – № 3. – С. 20–27.

норми з метою їх застосування. Таке твердження свідчить про можливість визнання одного й того самого явища і джерелом, і формою одночасно. Це так зване прирівнювання термінів у разі визнання їх самостійності.

Вихідним пунктом дослідження волі суб'єктів правотворчості мають бути принципи правотворчості держави, яка виражає волю народу у правових актах, що регулюють суспільні відносини, яка не може існувати відокремлено від суспільних відносин. Державна воля є силою, що сприяє створенню нормативно-правових актів, правових прецедентів, санкціонуванню правових звичаїв, лише тією мірою, якою вона враховує загальні інтереси суб'єктів громадянського суспільства. У теорії права виділяють такі характеристики державної волі: вона акумулює економічні, політичні, соціальні та інші інтереси різних верств населення; є незалежною від волі окремих осіб та їх об'єднань, обов'язковою для всього суспільства; об'єктивується в похідних від держави та охоронюваних нею загальнообов'язкових приписах, що називаються правовими або юридичними приписами¹, та виступає офіційними регуляторами суспільних відносин, має своє соціальне і юридичне значення. З точки зору соціальної, в ній представлені юридично виражені й захищені інтереси суб'єктів суспільних відносин в основних сферах їх життєдіяльності. Це найважливіші соціальні інтереси в галузі економіки, політики, культури тощо, які набули форми юридичних мотивів і, утілюючись у правових нормах, становлять юридичний зміст законів, указів, постанов тощо. Правові норми є юридичною формою буття волі суб'єктів правотворчості, на відміну від ідеології, політики, моралі та інших нормативних регуляторів.

У сучасний період категорія «державна воля» наповнюється новим змістом, відповідно до того, як визначається поняття держави (*соціально-правова, демократична*) тощо. Майже всі сучасні держави визнають себе демократичними, джерелом влади в яких є народ.

Державна воля завжди відображає досить складний політизований результат правотворчого компромісу, який набуває свого вираження у змісті джерел права. Прагнучи до пом'якшення, за необхідності – подолання суперечностей, компромісу між інтересами різних соціальних верств, органи державної влади знаходять скореговане рішення, що відображає волю суспільства, надаючи їй загального характеру й відповідного захисту.

¹ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – М.: Юрист, 1997. – С. 137–138.

Для того, щоб задовольняти інтереси всіх народних представників, які представляють різні соціальні групи, що існують у суспільстві, це рішення має відповідати двом вимогам. По-перше, його стратегія має бути оптимальною. По-друге, досягнутий компроміс має бути стійким. Однак у межах теорії колективних рішень математично доведено, що, як правило, стійкі компроміси неефективні, а ефективні – нестійкі, тобто цілковита рівновага як поєднання ефективності та стійкості неможлива¹.

Порядок виникнення. Правотворча значимість джерел права визначається тим, що вони або створюються у процесі спеціальної правотворчої діяльності, або їх практичне значення виражається у встановленні норм права, створених в особливому порядку. У першому випадку джерела права у вигляді нормативно-правових актів, договорів проходять особливу процедуру розроблення і прийняття, наділяються при цьому офіційною юридичною силою, похідною від компетенції суб'єктів правотворчості. Правотворча робота тут здійснюється цілеспрямовано, особливими органами та в особливому порядку. Показником правотворчого характеру джерела права є також використання засобів законодавчої техніки, що забезпечує розроблення та формулювання норм права.

Діяльність компетентних органів державної влади, що створюються для виконання певних функцій, регламентована нормами права, має юридичний характер і визначається законом, здійснюється у правових та організаційних формах.

Однією з таких форм є правотворчість, здійснення якої визначає наявність певних нормотворчих повноважень. Правотворчість є результатом людської діяльності, відповідно, результати правотворчості завжди мають суб'єктивний характер. Законотворчість у сучасній демократичній державі – колективна діяльність, оскільки право як регулятор соціальних інтересів, носії яких формально рівні, повинно формулюватися в межах відкритого, гласного політичного процесу, що надає рівний доступ до законотворчості всім носіям соціальних інтересів².

Основні параметри ознак і властивостей джерел права в загальному вигляді зумовлені повноваженнями суб'єктів правотворчості, що їх створюють та визначені в нормах права. Коло суспільних відносин, що становлять предмет відання відповідного суб'єкта правотворчості в будь-якій сфері суспільного життя, звичайно достатньо окреслене в нормах

¹ Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 120.

² Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. – М., 1993. – С. 89.

права й досить стабільне¹. Цим визначається співвідношення між формальними джерелами права, які є результатом їх діяльності й утворюють інформаційно-документальний рівень джерел позитивного права².

Державні органи наділені первинними повноваженнями, від яких слід відрізнити делегування правотворчих повноважень. Обсяг первинних повноважень, закріплений в уповноважуючому акті, є базовим, статусним (у міжнародному праві – статутним). Делегування – це те саме наділення повноваженнями, але, на відміну від первинного, статусного, воно становить вторинний акт, оскільки передати можна лише те, чим володієш сам. Наприклад, реалізуючи право приймати закони, парламент повинен прийняти спеціальний закон, у якому має бути вирішене питання про передачу нормотворчих повноважень парламенту. Делегування права законодавчої діяльності найчастіше пов'язане з необхідністю оперативного розв'язання завдань загальнодержавної значимості. Так, в Україні, відповідно до Конституції України, Верховна Рада України делегувала правотворчі повноваження Президенту України до 28 липня 1999 року на видання схвалених Кабінетом Міністрів України указів з економічних питань, не врегульованих законодавством, з одночасним поданням відповідного законопроекту до парламенту; у Російській Федерації правом делегованої законотворчості володіє Президент країни, укази якого в період відсутності відповідних законів прирівнюються до них за своєю юридичною силою.

Під час проведення референдуму (референдум є безпосередньою формою участі народу у правотворчості) закони приймаються шляхом всенародного голосування. Як правило, законодавством країни закріплюється вища юридична сила законів, прийнятих на референдумі. Крім того, такі закони не потребують додаткового затвердження і є обов'язковими до виконання на всій території країни. Змінити правові акти, прийняті в такому порядку, можна лише в результаті проведення повторного референдуму.

Правом делегування своїх повноважень володіє лише той орган (посадова особа), якому таке право надане, тобто прямо закріплене у відповідному правовому акті. Акт, прийнятий в порядку делегування повноважень, повинен мати ієрархічний пріоритет перед усіма актами делегуючого органу, прийнятими до моменту делегування нормотворчих

¹ *Поленіна С.В., Сильченко Н.В.* Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. – М., 1987. – С. 34–35.

² *Гурова Т.В.* Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 119.

повноважень. Акт делегуючого органу, прийнятий після делегування повноважень, сам по собі обмежує передані повноваження в тому обсязі, в якому ним врегульовані відповідні суспільні відносини. Таким чином, нормативний правовий акт, прийнятий в межах делегованих повноважень, повинен наділятися юридичною силою¹. Норми громадських організацій розглядаються як правові лише тому, що їх передумовою виступає владне волевиявлення держави, що уповноважує громадську організацію на правове вирішення певного питання у межах закону. Формою правотворчого делегування слугують рекомендаційні норми держави. Через такі норми суб'єкти правотворчості уповноважуються вирішувати самостійно певне питання, обравши оптимальний напрям правового регулювання. Таким чином здійснюється передача державою функцій щодо правового регулювання певних відносин.

В Україні, відповідно до ст. 106 Конституції України, Президент України не може передавати свої повноваження іншим особам або органам. У ст. 124 Конституції України зазначається, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами, не допускаються.

Місцеві державні адміністрації підзвітні й підконтрольні радам у частині повноважень, делегованих їм відповідними районними чи обласними радами (ст. 118 Конституції України).

Органам місцевого самоврядування можуть надаватися законом окремі повноваження органів виконавчої влади, з яких вони підконтрольні відповідним органам виконавчої влади (ст. 143 Конституції України).

У главі 8 Конституції Швеції передбачено делегування повноважень Парламентом – Ріксдагом – уряду. Наприклад: уряд може за уповноваженням Ріксдагу видавати такі правила про зібрання, які в іншому випадку повинен видавати Ріксдаг.

У Російській Федерації федеральні органи державної влади за згодою з органами виконавчої влади суб'єктів Російської Федерації можуть передавати їм здійснення владних повноважень, якщо це не суперечить Конституції Російської Федерації та федеральним законам (п. 2 ст. 78 Конституції Російської Федерації). Водночас органи виконавчої влади суб'єктів Російської Федерації за згодою з федеральними органами виконавчої влади можуть передавати їм здійснення частини своїх повнова-

¹ Толстик В.А. К вопросу о юридической силе актов, принятых в рамках делегированных нормотворческих полномочий // Юрист. – 2001. – № 10. – С. 31–33.

жень (п. 3 ст. 78 Конституції Російської Федерації). Таким чином, Конституцією передбачена можливість взаємного обміну правами розпорядження на договірній основі між урядом Російської Федерації та урядами суб'єктів Російської Федерації. При цьому, як зазначалось, можлива передача лише того права, яким володіє сторона, що має намір його передати.

Виникнення звичаєво-правових норм не пов'язане з існуванням держави. Неможливо встановити особу чи інститут, який створює звичай. Утворення та реалізація правового звичаю відбувається здебільшого під впливом авторитету предків. Правовий звичай формується попереднім поколінням чи поколіннями, завдяки уявленню про необхідне, корисне, справедливе. Проте реалізація чи охорона звичаєво-правових норм пов'язана з державною діяльністю. Функцією держави тут є впровадження в життя норм права, ґрунтуючись на спеціально створеному для цього апараті, за допомогою якого звичай стає правовим, після санкціонування його державою¹. Тобто іншим шляхом виникнення джерел права є їх санкціонування органами державної влади.

Джерела права, санкціоновані державою, досить різні, що відображає можливість участі у процесах правотворення, крім держави, інших суб'єктів, а також тенденцію спонтанної нормотворчості, зумовленої потребами суспільного життя. Це гнучка та соціально-чутлива система правового регулювання, яка володіє властивостями швидко відповідати на зміни в суспільних потребах. Вони відображають похідний характер державної волі, що виражається у вигляді офіційного затвердження норм або актів, розроблених недержавними суб'єктами (акти громадських об'єднань, нормативні договори, релігійні норми), чи у вигляді мовчазної згоди та узгодження звичаїв, ділових узвичаєнь, прецедентів. Ці джерела розвивають і доповнюють основи нормативного регулювання, встановлені системою нормативних актів, підкреслюючи ту думку, що держава не може бути розробником усіх форм права². Значення державного санкціонування норм, створених суб'єктами, які не мають правотворчих повноважень, полягає в тому, що внаслідок цього відбувається піднесення до статусу закону, тобто надання юридичної сили правилам поведінки, які до цього не мали властивостей державної обов'язковості³.

¹ Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І.Б. Усенко. – К.: Наук. думка, 2006. – С. 54–55.

² Разумович Н.Н. Источники и форма права // Советское государство и право. – 1988. – № 3. – С. 20–27.

³ Там само. – С. 21–22.

У цьому контексті цікавою є думка Л. Фулера, який розрізняє джерела законів і джерела права, під останніми маючи на увазі, звідки взагалі бере право не лише свій зміст, а й свій вплив на життя людей. Звичайно, ця проблема пов'язана з давньою дискусією між двома напрямками праворозуміння: правовим позитивізмом і природним правом. При цьому не менш важливе значення має встановлення відмінності між «установленим» і «мовчазним» правом. Закон, на думку дослідника, є зразком, що характеризує встановлене право. Кожний закон походить із певного людського джерела. Він запроваджується рішенням законодавця чи законодавчого органу. Час його виникнення є цілком визначеним; він має дату, яка точно повідомляє нам момент набуття законом чинності та відокремлює його від попереднього часу, коли закону ще не існувало. Його умови містяться в тексті самого закону.

На відміну від закону, звичаєве право можна назвати зразком мовчазного права. Звичай не проголошується і не запроваджується, а поширюється чи розвивається з плином часу. Визначити момент, коли він набуває чинності, можна досить приблизно. Певного автора немає, немає також авторитетного словесного втілення умов цього звичаю: він виявляє себе не в послідовності слів, а в лінії поведінки. Звичаєве право може вважатися мовчазним правом у подвійному сенсі. По-перше, норми звичаєвого права не створюються спочатку, а потім проєктуються на поведінку, яку вони призначені регулювати. Свій мовчазний вплив вони справляють на саму поведінку. По-друге, призначення цих норм ніколи не виявляється відверто. Закон може містити преамбулу, у якій пояснюється його призначення. У звичаєвому праві нічого схожого немає. На думку Л. Фулера, філософсько-правові дискусії багато в чому зумовлюються невисловленою перевагою, яка віддається встановленому або мовчазному праву. Статутне право мало чим відрізняється від звичаю: обидва є виявами групової волі. Відмінність між ними полягає в методах: якщо звичай є спонтанним і «несвідомим», то статутне право виходить із спеціального органу, беручи свій початок у процедурі, що називається ухваленням закону¹.

Правовий звичай створюється масою людей, що становить деяку колективну індивідуальність: етнографічну, як плем'я; територіальну, як населення даної держави або провінції; або класову – в державному або міжнародному масштабі².

¹ Лон Л. Фуллер. *Анатомія права* / Пер. з англ. – К.: Сфера, 2004. – С. 59, 55–53.

² *Магашітер Я.М. Избранные труды по общей теории права* / Отв. ред. д-р. юрид. наук, проф. А.К. Кравцов. – СПб.: Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 45.

Звичаєве право ґрунтується на «силі факту», тобто багаторазовому й однаковому повторенні відомої поведінки. Зразок такої поведінки повинен вироблятися авторитетними особами суспільства чи соціальної групи для того, щоб мати соціально-примусовий характер. Для виникнення звичаю потрібен певний проміжок часу, тривалість якого встановлюється в кожному конкретному випадку.

Звичай не знає індивідуального автора і припускає колективну правотворчість. Творцями звичаєво-правових норм, чия поведінка і форми звичай, виступають лише самі суб'єкти, що реалізують належні їм суб'єктивні права¹. Тобто правовий звичай створюється певною масою людей, пов'язаних спільністю життя, зокрема, спільністю економічних та правових умов життя, мови та національності, побуту та географічних умов. Норми, що стихійно створені та здійснювані таким масовим середовищем, є нормами звичаєвого права².

Існують особливості щодо порядку виникнення принципів права, релігійних норм, нормативно-правових договорів і правових прецедентів. Зокрема, законодавчий орган формулює загальну норму наперед, а суд розробляє цю норму поступово, від справи до справи, у процесі розв'язання спорів, які йому доводиться розглядати.

Крім того, прецедентне право виникає з розв'язання поточних спорів; воно не формулює заздалегідь норм для вирішення справ, а чекає на розгляд цих справ судом. Натомість статuti формулюють загальні норми, передбачаючи судові справи, які ще можуть виникнути.

У судовому рішенні, яке ухвалюється згідно із загальним правом, застосована в судовій справі норма та її обґрунтування чи виправдання викладаються в думці судді й нерідко настільки переплітаються між собою, що їх важко виокремити. Закон же, як правило, не містить заяв аргументаційного чи виправдувального характеру, він просто стверджує: це забороняється, це дозволяється.

Загальні принципи права як джерело права є продуктом людської діяльності, результатом якої вони виступають й інтереси якої вони задовольняють. Принципи є соціальними явищами, як за джерелом виникнення, так і за змістом; їх виникнення зумовлюється потребами суспільного розвитку і в них відображаються закономірності суспільно-

¹ Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І.Б. Усенко. – К.: Наук. думка, 2006. – С. 33.

² *Магистер Я.М. Избранные труды по общей теории права* / Отв. ред. А.К. Кравцов. – СПб.: Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 70.

го життя. Головними джерелами принципів права є політика, економіка, мораль, ідеологія, соціальне життя¹.

На думку А.М. Колодія, зміст принципів права намічається спонтанно, у суспільних відносинах, що складаються у реальному житті й отримують пізніше регламентацію і захист з боку держави в комплексах суб'єктивних прав учасників правовідносин. Виникнення принципів права, як загальносоціальних, є необхідною умовою наступного їх юридичного оформлення. При цьому головна роль у виявленні й конструюванні таких принципів належить не правотворчості, зокрема правоутворенню, а більш конкретно юридичній практиці, яка за своєю природою покликана оперативного реагувати на зміни, що відбуваються у сфері права².

Принципи створювались у вигляді правових аксіом і постулатів. Це пояснюється тим, що зв'язок між принципами і відображеними в їх змісті суспільними закономірностями не завжди має безпосередній характер. Низка відправних положень є прямим відображенням емпіричних фактів. Саме тому вони можуть формуватися навіть раніше від з'ясування відповідних суспільних закономірностей, сприяти їх виявленню. Це принципи – аксіоми, принципи-постулати, у яких фіксуються найпростіші, елементарні, самоочевидні зв'язки й відносини навколишньої дійсності. Заключним етапом є синтез накопиченого матеріалу, внаслідок якого виявлена закономірність переводиться у відповідні нормативно-керівні положення, у вимоги найбільш загального, абстрактного характеру, у принципи права у власному розумінні слова.

Таким чином, принципи можуть висуватися людьми стихійно, у результаті емпіричного досвіду або ж формулюватися свідомо на рівні теоретичних концепцій, набуваючи характеру наукових принципів.

Ці принципи оформлюються й осмислюються юридичною практикою, а потім наукою, і стають принципами правосвідомості, виступають підґрунтям для виникнення принципів права (юридичних принципів) у власному розумінні цього слова. Потім принципи правоутворення забезпечують переклад об'єктивних законів суспільного розвитку на мову рішень, нормативів, приписів, що мають юридичну форму і призначення – організувати та стимулювати людську діяльність, для збагачення досягнення людьми соціально корисних цілей. Далі відбувається народження норм права й закріплення принципів права в них³. На думку

¹ Колодій А.М. Принципи права України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 92.

² Там само. – С. 96.

³ Там само. – С. 99–100.

Т.І. Фулей, процедура впровадження загальнолюдських принципів права в національне законодавство – це порядок уведення у дію, у практику, запровадження, укорінення в національній системі законодавства універсальних нормативних засад права, що визначають сутність і спрямованість правового регулювання. Така процедура є одним з видів юридичної процедури, що охоплює певні способи впровадження і складається з відповідних стадій, якими є правотворча (їй передуює так званий доправотворчий етап), правотлумачна та правозастосовча. Особливо важливу роль відіграє внутрішньодержавна правотворчість, упродовж якої відбувається моделювання відносин, що потребують нормативного регламентування. Саме на цій стадії відбувається впровадження загальнолюдських принципів права в національне законодавство та їх конкретизація відповідно до умов національного права. Зокрема, в Україні впровадження загальнолюдських принципів права відбувається шляхом їхнього уведення в національне законодавство при наданні згоди Верховною Радою України на обов'язковість для України міжнародного договору, де такі принципи одержали закріплення; або їхньої фіксації в нормативно-правових актах України, насамперед Конституції та законах України, при наближенні законодавства України до міжнародного, зокрема, європейського, права¹.

Отже, принципи права можуть існувати не тільки завдяки правотворчості й функціонуванню нормативно-правових актів. Вони, насамперед, існують у людській свідомості у вигляді найзагальніших уявлень про добро та зло, справедливість і несправедливість, порядність і непорядність тощо. Навіть у цій якості, тобто фактично не лише як загальносоціальні принципи, вони вже мають відносну самостійність і впливають на свідомість та поведінку людей, тобто беруть участь у регулюванні й охороні суспільних відносин. У подальшому принципи права можуть матеріалізуватися не тільки у вигляді норм у нормативно-правових актах, але й закріплюватись у вигляді правових звичаїв, виражатися у судовій чи адміністративній практиці.

Правова доктрина характеризує юридичне мислення та праворозуміння, є віддзеркаленням правових поглядів представників юридичної науки. Механізм виникнення і дії правової доктрини як джерела права може мати такий вигляд: виникнення потреби правового регулювання окремих суспільних відносин → науковий пошук → поява ідеї та її

¹ Фулей Т.І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 17–18.

об'рунтування → підтримка ідеї на державному (офіційному) рівні і схвалення громадськістю → перетворення ідеї на концепцію проведення правової реформи в будь-якій сфері суспільного життя.

Перші релігійні норми стихійно виникли на основі релігійних уявлень і поглядів, як первісні мононорми, що швидко проникають до усіх регулятивних механізмів первісного суспільства. З виокремленням священиків в особливий стан і створенням розгалужених релігійних установ, норми останніх розробляються, відповідно, служителями культу, а стихійний процес формування релігійних норм все більше замінюється свідомою нормотворчістю. Релігійні норми, прийняті на засіданнях релігійних органів (синодів, соборів тощо) або одноособово представниками органів релігійної влади (папою, єпископами тощо): Постанови Вселенських Соборів, рішення Помісних Соборів, зведення церковного канонічного права тощо, мають офіційний характер та певну процедуру прийняття. Водночас релігійні норми є результатом Божого веління. Це, як правило, релігійні норми-принципи, що містять основні засади релігії (закріплені в Біблії, Корані, Талмуді тощо). Релігійні норми є також результатом нормотворчої діяльності релігійних організацій.

Договір нормативно-правового змісту виникає в результаті згоди й домовленості сторін (уповноважених суб'єктів правотворчості) у вигляді спільного волевиявлення про встановлення правових норм.

Насамперед, необхідно з'ясувати юридичну природу договору. Це поняття передусім означає виконання того, на що хто-небудь може розраховувати, тобто виконання того, що йому було обіцяно. Договірні відносини, у цьому розумінні, можна визначити як ті, що встановлюють обставини, за яких прийняття на себе зобов'язання буде правомірно пов'язувати особу, яка його дала.

Договірні стосунки в цьому випадку виступають як зобов'язальні. Відповідно до цього, правові відносини, що виникають на його основі, мають назву загальноправових відносин (зобов'язань), що встановлюють певні суб'єктивні права та об'єктивні обов'язки для сторін, що його уклали.

Договірні відносини є важливою частиною зобов'язального права та стосуються того виду юридичних зобов'язань, джерелом яких є правомірні за своїм змістом волевиявлення сторони, що прийняла на себе зобов'язання, або збігаючі волевиявлення цієї сторони та сторони, стосовно до якої перша прийняла на себе зобов'язання¹. Сторону, що прий-

¹ Самонд Д., Вільямс Д. Основи договорного права. – М., 1985. – С. 23.

няла на себе зобов'язання, умовно можна назвати зобов'язаною, а сторону, щодо якої воно прийняте – уповноваженою.

З огляду на витoki виникнення договору, потрібно звернути увагу на те, що волевиявлення є більш ширшим поняттям ніж договір, тому що воно може мати інші юридичні цілі та наслідки, ніж створення договірної зобов'язання. Воно може взагалі не мати юридичної мети та наслідків. Водночас існує багато юридичних зобов'язань, які виникають із джерел, що не пов'язані з процесом волевиявлення і, навпаки, серед зобов'язань, джерелом яких є саме волевиявлення, деякі не є договірними¹. Договірні відносини належать до тієї частини правовідносин, у якій поняття «зобов'язання» та «волевиявлення» не збігаються.

Тому, якщо договір являє собою значною мірою поняття «зобов'язання», яке тісно переплетене з поняттям «волевиявлення», аналіз юридичної природи договору необхідно почати з розгляду цих двох категорій, відповідно до яких у західному правознавстві сформувався дві теорії: суб'єктивна та об'єктивна.

Одна група вчених ґрунтується на тому, що більшість договорів бере початок з угоди й тому природа договірних відносин є суб'єктивною².

Сутність договору, на думку прихильників цієї теорії, полягає у тому, що воля сторін збігається, тобто угода є підсумком вільних думок, які збігаються, двох чи більше осіб (сторін), що спрямована на встановлення взаємних прав та обов'язків.

Що стосується об'єктивної концепції, то відповідно до соціальної та психологічної природи договору, як системи волевиявлень, що органічно втілена у взаємній згоді сторін, остання є одностороннім юридичним актом учасників договору. У цьому випадку виявляється позитивне (негативне при заперечуванні або відмові у згоді) ставлення до певної юридичної дії іншого учасника договору. Спільне між договором і згодою полягає в тому, що вони є правомірними волевиявленнями, юридичними актами.

Безумовно, для виникнення договору необхідна воля сторін, які його укладають. Ця воля повинна бути обопільною, тобто волевиявлення сторін знаходить свою реалізацію в досягненні згоди між ними. Як тільки сторони дійшли згоди щодо основних умов договору, отже, вони домовилися. Водночас для виникнення самого договору згоди ще недостатньо. Волевиявлення сторін договору має бути виражене в певній

¹ Там само. – С. 24.

² Там само. – С. 14–16.

формі – це форма угоди, що обирається за розсудом осіб, які її укладають, за виключенням випадків, коли закон зобов'язує укласти угоду в певній формі.

Відповідно до європейської доктрини, договір є результатом досягнення згоди досягти результату. Договір вважається укладеним, якщо сторони мають намір бути юридично зобов'язаними та досягають угоди без додаткових вимог¹. Англійська правова доктрина та правова доктрина США визначають правову природу договору як обіцяння однієї сторони, дане в обмін на обіцяння іншої сторони досягти бажаного результату. Умовою укладання договору є обіцяння сторони, що має намір пов'язати себе правовим зобов'язанням, яке дане в обмін на обіцяння іншої сторони².

Я.М. Магазінер уперше на радянському просторі порушив проблему неправомірного права. Зокрема, він зазначав, що джерела права можуть виникнути як правомірним, так і протиправним шляхом, тобто, виникнувши неправомірно, право (неправо) може стати за певних умов правом. Це відбувається тоді, коли норма, що виникає неправомірно, отримує фактичну та чинну юридичну силу, таку, що не оспорюється або не підтримується державною владою. Ця норма за своєю юридичною силою не відрізняється від аналогічних норм, що виникли закономірно³.

Іншими словами, виникнення діючого права може відбуватися не лише законним, а й незаконним шляхом, тобто шляхом революції, державного перевороту та взагалі неправомірним шляхом. Закон, звичай і практика державних установ, хоча і змінюють діюче право, але завжди за згоди верховної влади. Революція не лише суперечить діючому праву, але і здійснюється всупереч волі органів верховної влади. Революції, що являють собою велетенські провали у праві, відбуваються не лише з глибоким порушенням цього права, але і не правовим шляхом створюють нове право. Отже, неправомірне стає джерелом права. Правопорушення лише тоді стає джерелом права, коли воно здійснюється особою або групою осіб, які мають або захопили владу над правопорядком, тобто коли один і той самий акт є злочином відповідно до старого права та джерелом права – відповідно до нового права⁴.

¹ Принципы европейского договорного права / Пер. на рус. яз. А.Т. Амиров, Б.И. Пугинский // Вестн. Высш. Арбитраж. Суда Российской Федерации. – 2005. – № 3. – С. 131.

² Договор в английском гражданском праве / Р.О. Халфина, П.Е. Орловский. – М.: АН СССР, 1959. – С. 278.

³ Магазінер Я.М. Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. д-р. юрид. наук, проф. А.К. Кравцов. – СПб.: Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 70.

⁴ Там само. – С. 99, 101.

Обов'язковість та гарантованість. Джерело права – це юридичний документ, що володіє властивостями триваючої в часі обов'язковості до виконання і є підставою для застосування засобів державного примусу щодо виконання обов'язків або захисту суб'єктивних прав. Обов'язковість джерел права означає необхідність узгодження власної поведінки із правовими приписами та залежить від його змісту: зобов'язання щодо виконання певних дій, рекомендації дотримуватись певної поведінки, можливості використання певного припису для задоволення власних потреб. Реалізація змісту форм права гарантується вказівкою про можливість застосування державного примусу¹. Цим джерела права відрізняються від моральних норм, закликів, звернень та ін. Останні, хоча і мають загальний характер, але не містять правових приписів, що забезпечуються силою примусу. Обов'язковість канонічних норм, доктринальних джерел забезпечується мірами громадського впливу, авторитетом їх змісту.

Джерела права містять у собі дозволи, заборони, обов'язки, недотримання яких призводить до «включення» механізму правоохоронної діяльності. Водночас застосування норм права відбувається із зазначенням конкретного джерела права, конкретних статей, що були порушені. Це надає законності й легітимності застосуванню державного примусу.

Обов'язковість до виконання джерел права означає незаперечність правових приписів щодо їх здійснення з боку всіх суб'єктів права. Гарантією цього виступають переважно судові та інші державні органи, оскільки за правовою нормою «стойть» держава з її можливістю застосування примусу. При цьому примус не можна ототожнювати із свавіллям. Якщо законодавство послідовно й чітко виражає ідеї справедливості та свободи, то державний примус щодо дотримання юридичних норм буде виправданим та справедливим, якщо ж ні, то він перетворюється на сваволю. Це відбувається в державах із тоталітарним режимом². Крім того, державний примус є легальним засобом забезпечення юридичних норм, а не сваволею влади, оскільки здійснюється уповноваженими суб'єктами в межах їх повноважень. Можливості державного примусу є гарантією реалізації цих приписів.

Загальнообов'язковість до виконання як ознака джерел права є наслідком державного суверенітету, оскільки інші соціальні регулятори

¹ Бошно С.В. Форма права: теоретико-правове дослідження: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 70.

² Бабаєв В.К. Общая теория права: Курс лекций. – М., 1998. – С. 126.

суспільних відносин не є загальнообов'язковими. Саме джерела права становлять основу режиму законності та правопорядку в державі, стрижень її правової системи.

Нормативність джерел права полягає в тому, що їх змістом є система офіційно визнаних і чинних у певній державі юридичних норм. Ця ознака джерел права пояснює співвідношення сутності змісту й форми права. Сутність джерел права полягає в обумовленості їх змісту соціально-економічними та політичними відносинами, детермінованими державною волею.

Для визнання нормативності кожному джерелу права необхідно щонайменше дві ознаки: компетентність, тобто видання акта з кола питань, регулювання яких віднесено до відання даного суб'єкта правотворчості; ієрархічний зв'язок з іншими елементами структури в системі джерел права, що знаходить вираження у відсутності суперечностей його приписів Конституції та іншим джерелам права, що мають вищу юридичну силу.

Джерела права, прийняті суб'єктами правотворчості в результаті правотворчої діяльності, спрямовані на встановлення нових норм права, зміну або скасування діючих, є нормативними.

Нормативність – ключова ознака, що є підставою для визнання явища джерелом права. Нормативним потенціалом є такі властивості джерел права, які відповідають загальній меті нормативного регулювання – упорядкуванню суспільних відносин, внесенню одноманітності та стабільності у соціальне життя шляхом встановлення загальних правил¹. Нормативність виявляється в тому, що акти: розраховані на невизначений вид суспільних відносин, тобто в них закріплюються типові для більшості осіб правила поведінки; діють невизначену кількість разів, а реалізація правил, що в них містяться, у конкретних правовідносинах не зупиняє їх дію; поширюють свою дію на будь-яких осіб, які вступають або можуть вступати у правовідносини на тій підставі, що володіють, як правило, загальними ознаками (студенти, державні службовці тощо)². На думку В.В. Кошової, нормативність означає ступінь обов'язковості та розповсюдженості правових актів на суб'єктів права на певній території³.

¹ Мазуров А.В. Указ Президента Российской Федерации как источник права: проблемы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999. – С. 22.

² Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 70.

³ Кошова В.В. Акты судебного толкования правовых норм: вопросы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 1999. – С. 98.

Загальність права, на думку С.В. Бошно, відображаючись у певних формах, набуває соціальної цінності й може дорівнювати масштабам свободи. Право виступає мірилом поведінки різних осіб. Якщо будь-який припис адресовано вузькому колу осіб, він не може бути правом. Неперсоніфікованість – перманентна властивість права, вона береться за основу розуміння властивості нормативності права¹.

Якщо правовий акт діє один раз і після цього зупиняє свою дію, то він ненормативний. Особливість нормативного акта – джерела права, полягає в тому, що його дія не зупиняється фактом його реалізації. Весь період часу, поки він існує, він породжує одні й ті самі правові наслідки, ґрунтується на авторитеті уповноважених суб'єктів правотворчості та державному примусі. Нормативні акти – джерела права необхідно відрізняти від ненормативних, індивідуальних, звернених до конкретних суб'єктів (вирок суду, наказ директора).

Таким чином, у юридичній науці прийнято виділяти такі ознаки нормативності джерел права, як: неконкретність адресата; можливість неодноразового застосування; збереження дії припису незалежно від його виконання. Ці властивості дозволяють відмежовувати джерела права від індивідуальних актів.

Дещо інша ситуація щодо нормативності правового звичаю. Звичаєве право представлене у звичаєво-правових нормах – правилах поведінки, що визначають права та обов'язки учасників відносин. Регулюванню звичаєво-правовими нормами підлягають типові, сталі відносини і вчинки, а також вчинки, що постійно повторюються. Проте регулювання звичаєво-правових норм поширюється на ті відносини, що залишилися поза сферою дії законодавства. Тому поняття загальності щодо правового звичаю є відносним. Правовий звичай – явище радше локальне, притаманне поведінці громадян певного населеного пункту. Тривалість дії правового звичаю також є невизначеною².

Нормативність принципів права полягає в їх фіксуванні у праві й набуття ними значення загальних правил поведінки, які мають загально-обов'язковий, державно-владний характер³.

Сила прецеденту походить з того, що в його основі лежить загальна норма: якщо для вирішення всіх подібних питань вже створена загальна

¹ Бошно С.В. Форма права: теоретико-правове дослідження: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 69–70.

² Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І.Б. Усенко. – К.: Наук. думка, 2006. – С. 54.

³ Колодій А.М. Принципи права України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 107.

норма, то вона робить нову роботу зі створення норми зайвою; потім ця нова норма буде несправедливою, оскільки вона обманює очікування тих, хто сподівається на однакове до себе застосування загального правила. Насамкінець, загальні норми, що змінюються і заперечуються щоразу по кожній новій справі, підривають престиж тієї влади, яка їх створила¹.

Особливість нормативності правових прецедентів походить із конкретності та індивідуальності винесеного судом рішення, а саме його частини – *ratio decidendi*, яке набуває характеру правової норми лише у випадку посилання на нього нижчих судів у своїх рішеннях та обов'язковості до застосування всіма нижчими судовими інстанціями.

Нормативність рішень Конституційного Суду полягає в їх правотворчій значимості, обов'язковості (позиції, викладені в мотивувальній частині рішення, мають не лише обов'язкове, а й доктринальне значення). Крім того, визнаючи неконституційними положення законів та інших правових актів, вони водночас визначають напрям правової політики держави².

Формальність. Категорія форми для розуміння природи джерел права є визначальною. Право як сукупність прав та обов'язків суб'єктів на ранніх етапах розвитку суспільства не мало письмової форми вираження. У державно-організованому суспільстві право стає формалізованим, системним, з'являється письмова форма його вияву в текстах законів та інших актів, правових прецедентів, нормативно-правових договорів, правових звичаїв, правових доктрин, релігійних норм тощо.

Проблема вибору зовнішньої форми права є актуальною, оскільки від неї залежить його юридична сила, місце у правовій системі, співвідношення з іншими нормативними приписами, ефективність регулювання суспільних відносин.

Формальний вияв – це конкретне, чітке оформлення правових приписів, вираження їхньої зовнішньої форми із вказівкою на відповідні права, обов'язки, наслідки невиконання.

Поняття «вираження» та «закріплення» мають різне змістове навантаження. Поняття «вираження» вживається для позначення результатів правотворчої діяльності уповноважених органів державної влади у вигляді санкціонування правил поведінки, що не мають юридичного змісту. Ідеться про звичаї, прецеденти, доктрини тощо. Право на перших

¹ *Магазинер Я.М.* Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. А.К. Крашцов. – СПб.: Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 91.

² *Євсрафова Є.П.* Система національного законодавства в контексті права (лібертарно-легістський підхід): Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 51.

шаблях розвитку народів набуває іншої, доступнішої для розуміння людей форми. Ця форма полягає у чуттєвих, сприйнятих для всіх образах, у фізичних, реальних знаках¹. Наприклад, правова доктрина у вигляді науково-практичних коментарів до законів отримує публічне вираження, а з часом може закріплюватися в нормативних актах.

«Закріплення» правових норм у джерелах права супроводжується їх юридичною формалізацією, використанням засобів законодавчої техніки та офіційним характером самої діяльності з формування їх змісту та зовнішньої форми. За своєю сутністю факт закріплення правових норм у певних джерелах означає наділення їх юридичною силою і статусом офіційного документа, що слугує нормативною основою для регулювання суспільних відносин. Закріплення в ролі джерела права правил поведінки завершує правотворчу процедуру їх формулювання і робить саме юридичними формами права. У цьому також розуміють і збіг понять «форма права» та «джерело права».

Визначення юридичної форми правового акта є однією з вимог юридичної техніки. Кожний правовий акт має набути певної форми, що відповідає вимогам Конституції. Водночас юридично оформити проект правового акта означає надати йому тієї юридичної форми, яка була визначена на самому початку роботи над проектом. На законодавчому рівні закріплені назви форм актів органів державної влади. Наприклад, у Конституції України зазначається, що Президент України видає укази (ст. 106), Кабінет Міністрів України – постанови (ст. 117), Верховна Рада України – приймає закони, постанови (ст. 85, 91).

Аналіз конституцій зарубіжних країн свідчить, що випадки, коли в законодавстві держави в нормативному порядку закріплена система джерел права шляхом фіксування окремих видів цих джерел, трапляється дуже рідко.

Точність, чіткість змісту як властивість формальності джерел права обумовлюється певною структурною організацією, застосуванням засобів юридичної техніки.

Робота над проектами правових актів складається з ряду етапів, послідовність виконання яких може змінюватися залежно від конкретного різновиду джерел права.

При розробці проекту акта важливо з'ясувати мету, на досягнення якої мають бути спрямовані передбачені в проекті заходи. Тільки за та-

¹ Карасевич П.Л. Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии. – М., 1975. – С. 70–71.

кої умови проект акта можна буде сформулювати конкретно, ясно визначити права та обов'язки сторін, чітко встановити межі відповідальності.

Крім того, джерела права мають містити положення, що одноманітно розуміються суб'єктами, адресатами норм.

Аспекти внутрішньої форми виражають свого роду «влаштування нормативного матеріалу» й перебувають між собою в органічному зв'язку. Тільки з певного поєднання елементів складається цілісна форма джерела права. Ідеться про його найменування, структуру, мову тощо. Набір цих елементів є загальним для всіх джерел права, але їх окремі види можуть мати ті чи інші окремі елементи. До того ж внутрішня форма джерел права може мати особливості, пов'язані з національними традиціями правотворчого процесу.

Джерела права видаються, доводяться до загального відома тільки державною офіційною мовою, тобто об'єктивація державної волі, доведення її до адресатів можливі тільки державною мовою. Мова, що застосовується у сфері організації та здійснення державної влади є важливим фактором державотворення і правотворення. Особливо це необхідно враховувати у федеративних державах. Стабільності мовної форми сприяє закріплення джерел права на стійких матеріалах: папір та інші носії інформації. Для нормативно-правових актів ця ознака традиційно називається формальною визначеністю. Її зміст зводиться до вимог мови, стилю нормативних актів. Неписані форми права чіткості зовнішнього прояву досягають іншими засобами. Їхня чіткість уявляється достатньою, якщо суб'єкти права розуміють правила та одноманітно їх виконують¹.

Письмова форма джерел права зручніша, оскільки вона дозволяє розуміти, зберігати, передавати його точніше. Звичай ділового обороту є формою права незалежно від того, об'єктивовані вони якимось чином чи ні. Ознайомлення із звичаєм не має процесуальних форм. Правовий звичай визнається формою права з огляду на те, що кожний розумний член суспільства в своїй соціальній практиці стикається з його нормами. Для окремих форм права загальновідомість є кваліфікуючою ознакою, тобто від загальновідомості залежить визнання їх джерелом права. Так, ступінь відомості, розповсюдженості впливає на звичаєві форми: місцеві звичаї, торгові звичаї, звичаї ділового обігу мають бути відомі учасникам підприємницьких структур. Доктрини здійснюють вплив на суспільні відносини в силу їх визначеності, поширеності².

¹ Бошно С.В. Форма права: теоретико-правове дослідження: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 67.

² Там само. – С. 69.

Джерела права виступають носіями специфічної інформації про принципи і моделі правової поведінки суб'єктів права. У формальних джерелах права фіксуються моменти реального буття людей, що піддаються свідомо-вольовому, цілеспрямованому моделюванню, типізації, зовнішньому примусовому регулюванню та контролю з метою організації мирного співіснування осіб, об'єднаних територією, традиціями в межах окремої держави¹.

З точки зору теорії інформації формальні джерела права можуть бути охарактеризовані як інформаційні продукти, що відповідають певним вимогам та існують у доступній формі. О.О. Кутафін та В.А. Кошилов визначають два різновиди правової інформації: нормативну і ненормативну. Нормативна міститься в законах та інших правових актах і може розглядатися як інформація, що регулює суспільні відносини. Ненормативна створюється в результаті правоохоронної та правозастосовної діяльності². Кінець ХХ – початок ХХІ століття характеризуються збільшенням потоків інформації, у тому числі й правової, але для права важливе якісне визначення цього феномену. Інформація – це не лише кількість, а і якість відображення реальності. При цьому розкриваються такі її сторони, як зміст, значення, цінність³.

Правова інформація – це сукупність документованих або публічно оголошених відомостей про право, його систему, джерела, реалізацію, юридичні факти, правовідносини, правопорядок, правопорушення і боротьбу з ними та їх профілактику. Джерелами правової інформації є Конституція України, інші законодавчі й підзаконні нормативні правові акти, міжнародні договори та угоди, норми і принципи міжнародного права, а також ненормативні правові акти, повідомлення засобів масової інформації, публічні виступи, інші джерела інформації з правових питань⁴.

У цьому контексті важливим є законодавче закріплення поняття «документ» – це передбачена законом матеріальна форма одержання, зберігання, використання і поширення інформації шляхом фіксації її на папері, магнітній, кіно-, відео-, фотоплівці або іншому носіїві. Первинний документ – це документ, що містить у собі первинну інформацію. Вто-

¹ Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 119.

² Кутафін О.Е., Кошилов В.А. Проблемы становления информационного права в России // НТИ. Сер. I: Организация и методика информационной работы. – 1999. – № 8. – С. 16–26.

³ Бачило И.Л. Информация – объект права // НТИ. Сер. I: Организация и методика информационной работы. – 1999. – № 8. – С. 26–33.

⁴ Про інформацію: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – С. 650. – Ст. 22, 27.

ринний документ – це документ, який є результатом аналітико-синтетичної та іншої переробки одного або декількох документів.

У теорії права виділяють юридичний документ – матеріальний носій правової інформації, за допомогою якого досягається визначеність правового регулювання, незалежність від свавілля окремих осіб, стійкість суспільних відносин, стабільність становища особи в суспільстві. Усі юридичні документи можна поділити на п'ять груп: нормативні; ті що містять рішення індивідуального характеру; ті що фіксують юридичні факти; гроші та цінні папери; докази¹.

Нормативно-юридичні документи містять офіційну інформацію. Це – джерела права у формально-юридичному розумінні. Офіційне значення цим джерелам права надає документальна форма та спеціальний суб'єкт видання – уповноважений орган.

Офіційна інформація є відкритою, вона повинна бути доведена до суб'єктів права у встановленому порядку. Законом забороняється відносити до інформації з обмеженим доступом законодавчі та інші нормативні акти, що встановлюють правовий статус органів державної влади, місцевого самоврядування, громадських організацій, а також права, свободи та обов'язки громадян, порядок їх реалізації. Своєчасність обнародування джерел права закріплюється на рівні Конституції або закону.

Загальновідомість нормативно-правових актів означає створення можливостей ознайомлення з ними. Як правило, це здійснюється шляхом публікації.

Зокрема, в Україні офіційна інформація органів державної влади та органів місцевого самоврядування доводиться до відома населення в порядку, встановленому Конституцією України, законами України «Про інформацію», «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації». Закони України, постанови Верховної Ради України, укази та розпорядження Президента України, постанови та розпорядження Кабінету Міністрів України, рішення органів місцевого самоврядування, інші нормативно-правові акти публікуються в офіційних виданнях та друкованих засобах масової інформації відповідних органів державної влади та органів місцевого самоврядування². Згідно з Указом Президен-

¹ Общая теория государства и права: Академ. курс: В 2 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, 1998. – Т. 2: Теория права. – С. 343–360.

² Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 49. – Ст. 299. – Ст. 1, 22.

та України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» від 10 червня 1997 року, офіційними друкованими виданнями є «Офіційний вісник України», «Відомості Верховної Ради України», «Урядовий кур'єр», «Голос України», «Офіційний вісник Президента України». Офіційним є також його оприлюднення в інших засобах масової інформації (по телебаченню, радіо), надсилання відповідним державним установам, органам місцевого й регіонального самоврядування, об'єднанням громадян тощо.

Офіційні друковані видання органів державної влади та органів місцевого самоврядування – видання, які спеціально видаються органами державної влади та органами місцевого самоврядування (відомості, бюлетені, збірники, інформаційні листки тощо) для інформування про свою діяльність.

Щодо обов'язкового опублікування нормативно-правових актів не існує єдиного підходу. Так, наприклад, у Конституції США немає положення, яке б вимагало публікації законів. У Конституції Російської Федерації (ст. 15), як і в конституціях більшості країн, зазначено, що неопублікований закон не застосовується. Будь-які нормативно-правові акти, що зачіпають права, свободи, обов'язки людини та громадянина, не можуть застосовуватися, якщо вони офіційно не опубліковані до загального відома.

З іншого боку, формальність джерел права робить доступною інформацію про необхідну та можливу поведінку всіх суб'єктів суспільних відносин. Ця інформація, впливаючи на свідомість людей, орієнтує їх поведінку, впорядковує діяльність, забезпечує інтереси всього суспільства, визначає напрями його розвитку¹.

Звичай, на відміну від інших джерел права, не потребує обов'язкової письмової форми. Норма звичаю складається до свого письмового вираження і поза ним. Її зовнішнім вираженням слугує система взаємозалежних за змістом, подібних одна до одної дій учасників суспільних відносин, тобто найзвичайнішої поведінки, яка може сприйматися в будь-якій доступній формі (письмовій, усній, візуальній та ін.)².

На думку А.І. Яковлева, зовнішня форма звичаю має так само важливе значення, як і писана форма закону, тому зовнішній прояв звичаєвого права супроводжується іноді особливими обрядами, завдання яких поля-

¹ Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 130.

² Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І.Б. Усенко. – К.: Наук. думка, 2006. – С. 33.

гає в тому, щоб шляхом різноманітних зовнішніх актів зафіксувати в народній пам'яті правовий чин, а разом із ним і правову норму, яку цей чин здійснював. З часом правові обряди шляхом постійного повторення в однаковій зовнішній формі набувають такого ж правового значення, як і звичаєві норми, порушення або невиконання звичаєвих обрядів уважається порушенням норм звичаєвого права¹.

Правові прецеденти мають письмову форму, хоча англійське прецедентне право інколи називають неписаним, і деякі англійські теоретики запевняють, що якби був розроблений кодекс англійської судової практики, то наше неписане право, мабуть, перетворилося б на писане, – а це зміна надзвичайно серйозна. Нині, на думку Лон Фуллера, норму англійського права треба спершу видобути із запротоколюваних фактів визнаних і надрукованих прецедентів, потім надати їй словесної форми, яка залежить від смаку, ретельності та ерудиції конкретного судді, і, нарешті, застосувати до обставин справи, яка розглядається судом. Проте на жодному з етапів цього процесу вона не має характеристик, які б відрізняли її від писаного закону. Це – писане прецедентне право, і єдина його відмінність від кодексного права полягає в тому, що воно пишеться в інший спосіб².

Формальна визначеність та можливість реалізації правових прецедентів забезпечується регулярною публікацією в офіційних засобах масової інформації; на відміну від практики, що склалася в інших правових системах, у загальному праві в друкованих збірниках судових рішень, як правило, дуже детально викладаються обставини розглянутих судових справ.

Релігійні норми знаходять формальний вияв у Біблії, Корані тощо. З часів прийняття християнства римськими імператорами церковне законодавство виступало у двох формах: у формі соборних постанов, які з IV століття стали називатися канонами, та у формі імператорських церковних законів. Загальнообов'язкові канони могли бути укладені тільки на Вселенському соборі, у поняття якого входило, як необхідна ознака, скликання собору й затвердження його постанов імператором, водночас як закони імператорів видавалися без попередньої діяльності соборів, хоча і не без участі представників духовної ієрархії³.

¹ Яковлев А. Українське право // Українська культура / За ред. Д. Антоновича. – К., 1993. – С. 231.

² Лон Л. Фуллер. Анатомія права / Пер. з англ. – К.: Сфера, 2004. – С. 112.

³ Суворов Н.С. Учебник церковного права / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. – М.: Зерцало, 2004. – С. 127.

На думку А.М. Колодія, основні засади, які ще не закріплені й не виражаються у праві, не можуть бути віднесені до числа юридичних принципів (принципів права). Вони є соціальними закономірностями, що вимагають правового опосередкування, ідеями, науковими висновками, але не принципами права¹.

Принципи права не мають власної форми вираження. Вони можуть бути прямо сформульовані у правових актах (текстуальне закріплення) або походити зі змісту правових актів (змістовне закріплення). У правовій сфері загальні принципи права розкриваються і конкретизуються в юридично значимих і визначених правах й обов'язках. Наприклад, визнання людини найвищою соціальною цінністю деталізується в системі юридичних прав й обов'язків, що зафіксовані в законодавстві. Текстуальним буде закріплення принципів права в Конституції України (ст. 1, 3 та ін.), які проголошують принципи суверенності й незалежності, демократичності й соціальної держави тощо. За допомогою змістового закріплення принципів права у нормах права можна врегулювати найбільш загальні суспільні відносини. Наприклад принципи законності та справедливості мають важливе значення, хоча текстуально й не закріплені.

Майже всі нормативно-правові акти містять у тому чи іншому вигляді та обсязі норми-принципи, що належать до різних сторін політичного, економічного, соціального й духовного життя суспільства².

Як правову доктрину визнають концептуально оформлений акт, що містить певні ідеї та принципи.

Юридична сила. Юридична наука має розробки окремих джерел права, їх основних властивостей та ознак. Поза увагою науковців певний час залишалося дослідження механізму співвідношення між ними. Ієрархія джерел права обумовлена різноманітністю функцій держави й відповідно різноманітністю органів, що їх здійснюють. Про існування прямої залежності між «ступенем нормативності» та ієрархією правових актів зауважував С.С. Алексєєв³. На думку В.К. Байтіна, на ступінь загальності норм впливає важливість відносин, які моделюються в юридичних нормах, обумовлюють ієрархію цих норм. Загальні зв'язки знаходять вираз і закріплення, як правило, в наймасштабніших актах, що мають найвищу юридичну силу, інші – в актах, що мають меншу юри-

¹ Колодій А.М. Принципи права України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 113.

² Там само. – С. 148.

³ Алексєєв С.С. Социальная ценность права в советском обществе. – М.: Юрид. лит., 1971. – С. 69.

дичну силу¹. О.С. Іоффе, аналізуючи форму та зміст права, визначив, що між різними правовими нормами існує певна система їх підпорядкування і в цьому розумінні можна розглядати різні ступені їх обов'язковості. Це залежить від того, у якому саме державному нормативному акті дане правило дістало вираження і яке юридичне значення має даний акт².

Юридична сила правового акта – це його специфічна властивість, зміст якої полягає в його обов'язковості, а також у пріоритеті перед іншими актами або в підпорядкуванні їм. Т.В. Гурова додає до загальнообов'язковості примусовість, які разом створюють таку якість позитивного права, як юридична сила. Отже, право набуває юридичної сили у процесі діяльності органів державної влади, а державу можна розглядати як джерело юридичної сили права³.

А.Б. Венгеров уважає, що поняття «юридична сила», як і багато інших виразів поняттєвого апарату юридичної науки, запозичене з інших галузей знання і наповнене специфічним юридичним змістом. Фізичне поняття «сила» в юридичному розумінні означає обов'язкову відповідність акта, прийнятого нижчим державним органом, актові, прийнятому вищим державним органом, або відповідність акта, прийнятого суб'єктом федерації, актові, прийнятому на федеральному рівні. Отже, юридична сила акта — це його місце в ієрархії правових актів, відповідність, підпорядкованість актів, прийнятих нижчим органом, вищим актам⁴.

На думку М.М. Марченка, стосовно юридичної сили форм права можна зазначити таке: 1) юридична сила й соціальна значимість кожного виду актів (форма права) залежать від того, яке місце в системі державних органів посідає орган, що видає ці акти; тобто ієрархія нормативно-правових актів визначається ієрархією відповідних державних органів; 2) акти нижчих органів повинні бути в суворій відповідності з актами вищих органів, а всі вони загалом і кожний з них зокрема мають відповідати Конституції; 3) акти вищих та нижчих органів не повинні підміняти один одного, зокрема, вищий орган не має права брати на себе вирішення питань, які належать до компетенції нижчих органів;

¹ Нормы советского права. Проблемы теории. – Изд-во Саратов. ун-та, 1987. – С. 83–84.

² Иоффе О.С. О форме и содержании социалистического права // Вестн. Ленингр. гос. ун-та. – 1959. – № 11. – С. 80–85.

³ Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 97.

⁴ Венгеров А.Б. Теория государства и права. – М.: Юристъ, 1996. – Т. 1. – Ч. II: Теория права. – С. 127–128.

4) найважливіші суспільні відносини, що підлягають регулюванню в законодавчому порядку, повинні бути опосередковані тільки законом; 5) акти нижчих органів можуть бути змінені лише органами, що їх видали, або вищими органами; 6) пріоритет норм, однакових за юридичною силою актів, вирішується залежно від часу видання цих актів.

За допомогою норм, що містяться у пізніших за часом видання актах, можуть відмінитися або змінюватися норми, що становлять зміст законодавчих актів, виданих раніше. Існування загальних принципів побудови ієрархії правових актів не виключає їх національних особливостей, які можуть виникати й виявлятися залежно від різних чинників (форми державного устрою, правління, режиму тощо)¹.

Тобто порядок, коли один правовий акт має посідати вище місце стосовно іншого, виникає не з його змісту, а з того, яке місце в системі органів державної влади посідає орган, що його видав, яким є зміст його компетенції та безпосередньо характер самих актів, що видаються. Наприклад, формулювання «закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй» (ч. 2 ст. 8) і «закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними у частині, що не суперечить Конституції України» (п. 1 розд. XV) підтверджує підпорядкованість законів Конституції України та підпорядкованість підзаконних актів законом. Про останнє свідчить і наявність у Конституції України численних посилань на закони. І хоча в тексті Основного Закону відсутня пряма фіксація принципу верховенства закону, він впливає з духу Конституції України і характеристики законів як певної юридичної форми права. Закони хоч вторинні щодо Конституції країни, але первинні стосовно підзаконних актів, що є формою конкретизації законів. Таким чином принцип верховенства закону органічно пов'язаний із принципами верховенства права та верховенства Конституції як по суті однозмістовними для правової держави. Кожен з них не заперечує наявності в системі права ієрархії «під конституційних» нормативно-правових актів, очолюваної законом, і не абсолютизує самостійності дії кожного окремого принципу².

У національній правовій системі важливою передумовою забезпечення законності має бути пріоритет парламентського закону, а не підзаконних актів, оскільки саме парламент, як колегіальний орган народного

¹ Марченко М.Н. Закон в системе источников романо-германского права // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2000. – № 3. – С. 41.

² Шаповал В.М. Верховенство закону як принцип Конституції України // Право України – 1999. – № 1. – С. 6, 7.

представництва, може приймати соціально й політично узгоджені та скоординовані рішення. Прибічники ідеї суддівської (судової) нормативної правотворчості визнають зростання ролі суду в житті суспільства та необхідність зміни бачення ролі правосуддя у процесі захисту прав і свобод людини лише як «застосувальника права». Пропонується визнати за судами прерогативу саме творця права й надати рішенням вищих судових інстанцій функції судового прецеденту¹. Ця проблема існує давно. Ф. Бекон писав: «...суддям необхідно пам'ятати, що їх справа «*jus desiré*», а не «*jus dore*» – тлумачити закони, а не створювати і видавати їх².

Щодо співвідношення юридичної сили між різних джерел права необхідно зазначити, що законодавство і прецедент в Англії є первинними джерелами права. Вони самостійні, дійсність кожного з них не залежить від інших джерел, хоча прецедент підпорядковується законодавству в тому плані, що закон завжди може анулювати прецедент. Звичай в англійському праві підпорядковується прецедентові. Суди здійснюють контроль за нормами звичаєвого права, слідкуючи за розумністю місцевих звичаїв. Звичай стає джерелом права лише в тому випадку, якщо суд послався на нього у своєму рішенні³.

Досліджуючи юридичну силу різних джерел права, визначають їхні характерні ознаки, що відображають їх видові відмінності. Для повнішої та всебічної характеристики нормативно-правових актів, які є результатом державної правотворчості, основним джерелом права у країнах романо-германської правової сім'ї, критерій юридичної сили доповнюють ознакою верховенства закону. Тому особливого дослідження потребує принцип верховенства закону, насамперед щодо його співвідношення з іншими джерелами права. У юридичному аспекті можна виділити низку елементів, з яких складається зміст цього принципу.

1. Нормативне закріплення всіх притаманних законові ознак, у тому числі й вирішення за допомогою закону найважливіших питань державного й суспільного життя.

2. Встановлення вищої юридичної сили, пріоритету законів у всій системі правових актів, якими керуються державні органи та громадські організації. Це виражається як у похідному характері всіх інших норма-

¹ Алексеев С.С. Теория права. – М.: БЕК, 1993. – С. 219.

² Бэкон Ф. Опыт или наставления нравственные и политические // Соч. в двух томах. – Т. 2. – С. 476.

³ Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М., 2002. – С. 42, 53, 556.

тивно-правових актів стосовно законів, так і у процедурі відміни актів, що не відповідають законам.

3. Закріплення в конституційній формі дотримання принципу законності, що відображає, насамперед, обов'язок державних організацій, посадових осіб, громадян дотримуватися Конституції та законів.

4. Здійснення конституційного контролю і нагляду за дотриманням законів.

Джерела права діють у часі, просторі та щодо кола осіб. Це динамічна характеристика процесу реалізації приписів джерел права, що складається із сукупності зовнішніх факторів, які здійснюють регулятивний вплив на врегульовані ними суспільні відносини. У юридичній літературі ця ознака джерел права най'рунтовніше досліджена щодо нормативно-правових актів. Часові межі дії характеризуються моментом набрання чинності актом і моментом втрати ним юридичної сили. Набрання чинності нормативно-правовим актом відбувається, як правило, з моменту його офіційного оприлюднення в засобах масової інформації.

Чинність джерел права – це юридична передумова їх дії, яка означає наявність у них юридичної сили, нормативності та загальнообов'язкового значення до виконання. Набуття джерелом права чинності зобов'язує державні органи та інших суб'єктів здійснити заходи, необхідні для забезпечення його належної дії. Наприклад, привести у відповідність із законом, що набрав чинності, зміст інших нормативно-правових актів; довести зміст даного закону до відома населення. Дія – фактичне виконання приписів закону, що призводить до виникнення, зміни та припинення відповідних правовідносин. Водночас чинність джерела права без його дії не тягне виникнення, зміни чи припинення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, передбачених ним. Наприклад, дія закону або окремих його положень припиняється одночасно з введенням в дію нового попереднього закону, який припиняє чинність даного закону, якщо цим законом не встановлено інше. У випадках, якщо закон чи його окремі положення вводяться в дію на визначений строк, то після закінчення цього строку вони припиняють дію і втрачають чинність без додаткового рішення; настання подій чи ситуацій, з існуванням яких офіційно пов'язувалась чинність або дія закону; а також у разі офіційного визнання закону неконституційним.

Визнання закону таким, що втратив чинність, припиняє його дію в повному обсязі. Припинення чинності окремих положень закону не тягне за собою припинення чинності закону в цілому та в чинній частині.

Тимчасове зупинення дії закону чи окремих його положень не припиняє чинності закону; після закінчення строку, на який зупинено їх дію, ця дія поновлюється автоматично.

Наприклад, Конституція України набуває чинності з дня її прийняття (ст. 160). Розділ X. 5 Перехідних положень: Частина перша ст. 99 Конституції, а саме: грошовою одиницею України є гривня, вводиться в дію після введення національної грошової одиниці – гривні.

У ст. 82 Основного Закону федеративної республіки Німеччина зазначено, що в кожному законі та в кожній постанові має бути зазначено день їх вступу в дію. За відсутності такої вказівки закони та постанови набувають чинності на чотирнадцятий день після виходу відповідного номеру «Bundesgesetzblatt».

Особливості набуття чинності законами України визначаються ст. 94 Конституції України, де, зокрема, зазначено: закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування. Згідно з п.15, 16, 30. ст. 106 Конституції України, Президент України може зупиняти дію актів Кабінету Міністрів України з мотивів невідповідності Конституції з одночасним зверненням до Конституційного Суду України щодо їх неконституційності; скасовує акти Ради Міністрів Автономної Республіки Крим. Президент України має право вето щодо прийнятих Верховною Радою України законів (крім законів про внесення змін до Конституції України).

Акти Президента України, видані в межах повноважень, передбачених пунктами 5, 18, 21, 23 цієї статті, скріплюються підписами Прем'єр-міністра України й міністра, відповідального за акт та його виконання.

Дія джерел права у просторі означає встановлення просторових масштабів, у межах яких джерела права можуть бути реалізовані, і, відповідно, визначається територією держави. Наприклад, за дією у просторі нормативно-правові акти можуть бути: загальнодержавні (діють на всій території держави); регіональні (діють на території суб'єкта); місцеві (діють на території муніципального утворення); локальні (діють у межах певної організації та ін.). Крім того, дія нормативно-правових актів у просторі може здійснюватися на основі екстериторіального принципу, що означає поширення нормативно-правових актів визначеного суб'єкта правотворчості за межі території його юрисдикції.

Дія джерел права щодо кола осіб означає визначення кола суб'єктів, стосовно яких даний правовий акт має юридичну силу.

За цим критерієм нормативно-правові акти поділяються на: акти, що діють стосовно всіх осіб, які перебувають на території держави (Конституція); акти, що діють тільки стосовно громадян (підданих) даної держави (Закон України «Про вибори народних депутатів України», Закон «Про вибори Президента Російської Федерації»); акти, стосовно іноземців та осіб без громадянства (Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», Закон Російської Федерації «Про правове становище іноземців і осіб без громадянства»).

«Зворотна сила закону» – це поширення юридичної сили нормативно-правового акта, що вступив у дію, на період, який передував його прийняттю, якщо він скасовує або пом'якшує юридичну відповідальність. Так, у Конституції Росії міститься таке положення: «...якщо після здійснення правопорушення відповідальність за нього усунута або пом'якшена, застосовується новий закон» (ч. 2 ст. 54). Принцип «закон зворотної сили не має» належить до так званих загальноправових принципів, які склалися під час соціально-правової еволюції та відтворені в міжнародних деклараціях і пактах про права людини та громадянина. Наприклад, прийнята ООН Загальна декларація прав людини і громадянина 1948 року встановлює, що «...не може ... накладатись покарання тяжче від того, яке могло бути застосоване в час вчинення злочину». Цей принцип було перенесено в національні конституції. Наприклад, Конституція Російської Федерації передбачає, що закон, який встановлює чи обтяжує відповідальність, зворотної сили не має. Зокрема, ст. 54 передбачає, що ніхто не може нести відповідальність за діяння, що у момент його здійснення не визнавалося правопорушенням.

Пряма дія Конституції є новачією як для науки, так і для практики. Останнім часом здійснено спроби вивчити таку властивість Конституції, зміст якої полягає у можливості застосування конституційних норм судами загальної юрисдикції та передбачає можливість захищати порушені права, ґрунтуючись лише на нормах Конституції. Цим істотно підвищується авторитет Конституції як Основного Закону держави, а права та свободи людини визнаються найвищою соціальною цінністю.

Рішення Конституційного Суду діють у просторі, часі, по колу осіб разом із положеннями Конституції та, відповідно, законів, що підлягають офіційному тлумаченню¹. Такі рішення діють із дня набрання чинності Конституцією і відповідними законами. Тобто рішення Консти-

¹ Євграфова Є.П. Система національного законодавства в контексті права (лібертарно-логістський підхід): Монографія. –К.: КНТ, 2007. – С. 51.

туційного Суду з питань офіційного тлумачення Конституції і законів України в часі мають зворотну силу, навіть коли в рішенні Конституційного Суду про це не було зазначено.

Дія договорів з нормативним змістом має особливості, а саме: договір набуває юридичної сили з моменту підписання або з часу, визначеного в ньому; договір припиняє дію або за згодою сторін, що його уклали, або за умов, що передбачені договором. Характер договору визначає межі його дії: територія певної держави або територія декількох держав (міжнародний договір, федеративний договір). Дія нормативно-правового договору поширюється на суб'єктів його прийняття, а також інших суб'єктів, що передбачено умовами договору.

Визначити точну дату вступу прецеденту в юридичну силу неможливо, оскільки він формується з часом. Судовий прецедент може міститися як в одиничному судовому рішенні, так і формуватися низкою судових рішень і при цьому не має часових обмежень.

Прецеденти можуть переглядатися та втрачати силу, передусім шляхом прийняття нових прецедентів. Для сили прецедента потрібно переконання в його правомірності як при його встановленні, так і при подальшому застосуванні. Звідси право англійських суддів вищого суду встановлювати в мотивованому рішенні непридатність прецедента (*wrong decision*)¹.

Судові прецеденти мають зворотну силу. Тобто будь-яка справа, що передана до суду, повинна вирішуватися на підставі всіх прецедентів, установлених до його розгляду, хоча б вони були встановлені вже після розгляду справи судом (але до вирішення справи). Зворотна сила прецедентів заснована на тому, що вони не є новими законами, а лише заповнюють і тлумачать старий закон: вони розкривають правило, яке вже існувало, але було приховано в законі, і тепер знайдено судом, а не вперше створено².

Коло осіб, на які поширюється дія прецеденту, визначається його змістом.

Дія правового звичаю визначається загальністю, тобто поширеністю серед усього населення, або локальністю – поширеністю серед невеликих соціальних груп або в межах певної території. На думку М.О. Супатаєва, правовий звичай має не територіальний, а персональний характер.

¹ *Магатиш Я.М. Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. А.К. Крашчов. – СПб.: Изд. Р. Асламова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 93.*

² Там само. – С. 94.

Він не відокремлюється від групової (етнічної, релігійної, соціальної) приналежності індивіда. Припинення членства у групі тягне за собою і вихід з-під юрисдикції місцевого звичного права¹.

Крім того, правовий звичай характеризується безперервністю дії протягом тривалого часу та одноманітністю дотримання.

Реалізація приписів, які містяться у джерелах права, має юридичні наслідки, що означає встановлення правового регулювання в певних сферах суспільного життя, здійснення впливу на визначені сфери суспільних відносин.

Виникнення таких наслідків обумовлюється характером правил поведінки, що в них містяться. Відповідно до цього, суспільні відносини, опосередковані джерелами права, набувають правового характеру, а їх учасники набувають суб'єктивних прав та юридичних обов'язків. Саме у джерелах права фіксуються норми, що визначають правомірну та протиправну поведінку.

Отже, виділимо такі загальні ознаки джерел права: 1) публічність – джерела права, які в комплексі утворюють систему, приймаються суб'єктами правотворчості і діють щодо всіх осіб, що знаходяться в межах юрисдикції; 2) формальність – джерела права являють собою сукупність відповідним чином оформлених документів – правових актів (за виключенням правових звичаїв). Причому обов'язковою умовою набрання джерелами права юридичної сили є наявність відповідних реквізитів (назви, вказівки місця і часу прийняття та ін.); 3) нормативність; 4) юридична сила – джерела права, що утворюють систему, розташовуються в порядку послідовного убування юридичної сили. Основним за юридичною силою джерелом права є Конституція, яка виступає як документ, що володіє вищою юридичною силою; 5) обов'язковість, гарантованість та безпосередній зв'язок з державою – джерела права приймаються від імені держави, або з її дозволу, їх реалізація забезпечується за допомогою системи державних гарантій і санкцій; 6) безпосередній зв'язок джерел права з колом суб'єктів, простором і часом, формується на базі діючих у даний часовий період і в даній державі джерел права і, відповідно, безпосередньо залежить від цих «змінних величин».

Завдяки з'ясуванню основних ознак джерел права у формально-юридичному розумінні з'являється можливість визначити його поняття.

¹ Цит. за: Супатаєв М.А. Правовой обычай как источник права в развивающихся странах // Источники права. – М.: Наука. 1985. – С. 47.

Джерело права – це складна категорія права – зовнішня форма існування норм права у вигляді письмового документу (правового припису), виданого в межах повноважень суб'єктів правотворчості згідно спеціальної процедури, має юридичну силу та обов'язковість до виконання, відображає волю народу, політику держави і суб'єктів місцевого самоврядування та спрямоване на регулювання суспільних відносин.

Визначення поняття та ознак джерел права дає змогу проаналізувати порядок їх класифікації, виявити їх нерозривну єдність із середовищем, у якому вони діють, їх вплив на суспільні відносини й розвиток державних інститутів.

1.4. Функції джерел права

Джерела права здійснюють суттєвий вплив на суспільні відносини шляхом реалізації своїх функцій, визначення та закріплення цілей права, завдань соціально-нормативного регулювання, основ правопорядку, головних цінностей суспільства та дій, що визнаються правопорушеннями чи злочинами. Поняття «функції джерел права» є невід'ємною складовою теорії джерел права й потребують досконалого аналізу та з'ясування їх змісту й особливостей.

Починаючи характеристику функцій джерел права, слід визнати основною методологічною засадою те, що функції характеризують сутнісні властивості джерел права, є їх постійною якісною властивістю. При цьому під властивістю розуміється відмінність, що притаманна саме джерелам права.

Переважна більшість науковців під терміном «функція» розуміють службову роль (призначення) елемента у системі; залежність між елементами системи, яка виявляється у тому, що зміни одного з елементів призведуть до змін в інших елементах і частинах системи¹.

У теорії права поняття функцій знайшло ґрунтовне дослідження щодо права, функцій окремих джерел права; водночас поза увагою залишається з'ясування функцій системи джерел права загалом як засобу регулювання суспільних відносин. Ця проблема не була спеціальним предметом дослідження вчених.

¹ Бахрах Д.Н. Основные понятия теории социального управления: Учеб. пособие по спецкурсу. – Пермь: Перм. гос. ун-т, 1978. – С. 63–64.

Аналіз функцій джерел права є важливим, оскільки має теоретичний та практичний характер. Сучасний розвиток вітчизняної теорії права органічно включає в себе загальний аналіз проблем сутності джерел права, що, у свою чергу, пов'язано з дослідженням поняття, ознак, ролі джерел права у правовій системі. У цьому контексті аналіз функцій джерел права є теоретично актуальним завданням, що, як зазначалося, становить органічну частину теорії джерел права.

Поняття «функція» вживається в різних значеннях – як «завдання», «роль», «призначення», «значення», «мета» тощо. Така різноаспектність потребує упорядкування, оскільки відомо, що без з'ясування, із загальним визначеним змістовим навантаженням понять, термінів неможливо здійснювати теоретичне дослідження у будь-якій галузі науки.

У зв'язку з цим, звертає на себе увагу положення, що слова «завдання», «роль» та «призначення» вживаються як юридичні синоніми. В окремих дослідженнях, присвячених джерелам права, йдеться лише про їх значення та функції; при цьому складається враження, що ці поняття не самостійні, а є складовими частинами ширшого поняття «роль джерел права» і ним поглинаються. Таким чином, поняття функцій джерел права багатозначне й наповнюється різним змістом.

Безумовно, при визначенні функцій джерел права слід починати з того, що існує зв'язок між функціями джерел права, з одного боку, і метою джерел права – з іншого. Функцію джерел права неможливо уявити без мети; безцільних функцій не існує, оскільки характеристика функцій джерел права повинна ґрунтуватись на тому, що функція – це здатність, можливість джерела права досягнути цієї мети.

Мета джерел права містить в ідеальній формі результат, якого можливо досягти за їх допомогою. Вона характеризується як підсумок реалізації суб'єктом обраних ним засобів досягнення власної мети.

Тому мета джерел права передбачена й обумовлена їх функціями, здатності оптимізації суспільних відносин.

До змісту поняття «функція джерел права», окрім мети, входить категорія «завдання джерел права». Суть завдань джерел права у правовій системі полягає у реалізації повноважень суб'єктів правотворчості, гарантуванні реалізації та захисту прав і свобод людини й громадянина, формуванні держави та громадянського суспільства. Завдання джерел права – це зовнішній (визначальний) щодо функцій джерел права фактор, згідно з яким здійснюється їх реалізація. Завдання джерел права можна визначити як засіб досягнення кінцевої або існуючої на певному

етапі мети окремого джерела права чи їх системи, яка має досягатися ним самостійно або в системі з іншими джерелами права, або здійсненню якої вони повинні сприяти.

У площині функцій джерел права також лежить питання про їх значення, тобто об'єктивної необхідності в розвитку суспільних відносин, про сферу їх дії. Таким чином, поняття функцій джерел права має охоплювати одночасно як призначення джерел права, так і напрями їх впливу на суспільні відносини. Тому, розкриваючи зміст будь-якої функції джерел права, необхідно мати на увазі зв'язок призначення джерела права з основними напрямками його впливу і, навпаки, залежність останнього від призначення джерел права.

Таким чином визначаються найсуттєвіші, головні риси основних напрямів впливу джерел права, які, незважаючи на багатогранність та різноманітні форми вияву, набувають, завдяки своєму призначенню, *єдності й гармонійності*.

При розумінні функцій джерел права як особливої правової категорії, змістом якої є їх соціальне призначення або основні напрями впливу, ці значення ототожнюються, тісно переплітаються, але водночас не збігаються. Кожна з них виконує свою методологічну роль при визначенні поняття «функції джерел права».

Справа в тому, що як соціальне призначення джерел права, так і напрями їх впливу на суспільні відносини не вичерпують собою поняття функцій джерел права. Якщо під функціями джерел права розуміти тільки їх соціальне призначення або роль, то таке розуміння буде мати досить загальний характер. По-перше, сам термін «соціальне призначення» вживається в декількох розуміннях. По-друге, ми, по суті, ототожнюємо його з метою і завданнями, що покликані виконати джерела права, оскільки призначення характеризує джерела права з точки зору того, як вони повинні діяти відповідно до мети суб'єкта права або держави загалом.

З іншого боку, основні напрями впливу джерел права на суспільні відносини завжди відбуваються відповідно до їх соціального призначення (ролі). Тому неможливо повністю розкрити призначення джерел права, якщо не звернути увагу на аналіз їх основних напрямів впливу на суспільні відносини.

Категорію «соціальне призначення» джерел права можна використовувати принаймні у двох аспектах: для характеристики значення джерел права в історії, у сучасний період, у майбутньому; відносно їх спрямова-

ності щодо забезпечення проведення соціально-економічних, політичних реформ тощо.

Крім того, питання про соціальне призначення джерел права важливе з точки зору з'ясування ефективності їх дії – забезпечення правового регулювання суспільних відносин, а зрештою – прав та свобод людини та громадянина, оскільки джерела права є засобом встановлення порядку в суспільстві, забезпечення безконфліктного існування суб'єктів суспільних відносин. Крім того, джерела права містять інформацію про необхідні дії та дії, що заборонені; гарантії прав і свобод, їх охорону.

Таким чином, можна зробити висновок, що функції джерел права є поняттям складним, збірним, змістом якого є єдність мети, завдань, призначення в суспільстві та основних напрямів їх впливу на суспільні відносини.

«Роль джерел права» – поняття, більш загальне стосовно функцій. Термін «роль джерел права» свідчить, насамперед, про роль джерел права в житті суспільства, держави загалом, або на певному етапі їх розвитку. Відповідаючи на питання, яка ж роль джерел права на тому чи іншому етапі розвитку суспільства, або при розв'язанні тих чи інших завдань, необхідно з'ясувати здійснювані джерелами права функції.

Роль джерел права являє собою їх функції, але реалізовані на практиці. У цьому аспекті важливим є аналіз правореалізаційної практики щодо підтвердження вірності будь-якого судження про функції джерел права або про їх призначення. Так, наприклад, суспільно-політичний розвиток підтвердив вірність висновку про значну роль міжнародного договору в розвитку відносин між державами у світі. Таким чином, правильно, що роль договору визначається відповідно до характеру та значимості суспільних відносин, які він регулює¹. Розглядаючи поняття ролі й функцій джерел права у філософському аспекті, а саме стверджуючи, що внутрішнє завжди існує через зовнішнє, ми робимо висновок, що зовнішній вияв функцій джерел права є їх роллю. Роль джерел права розуміється не як абстрактна можливість, а як здатність, перевірена практикою. Отже, роль джерел права встановлюється згідно з тим, яке за результативністю місце вони посідають у системі засобів підвищення ефективності механізму регулювання суспільних відносин.

Окремим аспектом характеристики функцій джерел права є аналіз їх внутрішнього та зовнішнього вимірів, а саме цінності джерел права,

¹ Вероников В.Т., Кабалкин А.Ю. Гражданско-правовые формы товарно-денежных отношений. – М., 1970. – С. 124

цінності у джерелах права, а цінність джерел права необхідно розрізняти з їх оцінкою. Насамперед, джерела права містять норми права, що закріплюють цінності у праві та спрямовані на їх формування. Крім того, система джерел права є самодостатньою цінністю, оскільки вона є виявом культури нації, рівня її правосвідомості.

Оцінка є засобом, за допомогою якого можна відтворити соціальну цінність джерел права. Причому оцінка не лише фіксує соціальну цінність джерел права як фрагмент соціально-нормативної дійсності, а й відтворює напрям їх можливого розвитку в контексті правової діяльності. Підставою оцінки є загально визнані ідеали та цілі, інтереси й потреби.

Цінність будь-якого явища в суспільстві визначається характером і наслідками його впливу на існуючі соціально-економічні відносини. Соціальна цінність означає здатність будь-якого явища задовольняти потреби людей, приносити користь суспільству, бути корисним для його існування та розвитку¹. Соціальна цінність джерел права полягає в їх корисності для життя та діяльності суспільства, держави й окремих індивідів. Спроможність джерел права бути корисними для суспільства походить із того, що саме вони об'єктивують норми права, які здатні регулювати суспільні відносини. Утілюючи загальну волю суб'єктів суспільних відносин, джерела права сприяють розвитку тих відносин, в яких зацікавлені як окремі суб'єкти суспільних відносин, так і суспільство загалом. Джерела права гарантують можливість суспільної діяльності суб'єктів суспільних відносин, виступають масштабом їх свободи, є фактором та джерелом оновлення суспільства, встановлення та врегулювання відносин, досягнення миру та злагоди.

Для держави цінність джерел права полягає у їх використанні для організації діяльності механізму держави. Саме у джерелах права закріплюються повноваження органів державної влади, порядок їх формування і роботи. Конституція має особливу цінність як для держави, так і для особи. Найвища юридична сила приписів Конституції створює передумови існування єдиного правового порядку на всій території держави². За допомогою джерел права в суспільстві забезпечуються необхідні зв'язки між суб'єктами суспільних відносин, у тому числі й між державами, державними органами, націями загалом, що дає змогу задо-

¹ Новейший философский словарь / Гл. ред. А.А. Грацианов. – М., 2001. – С. 260.

² Тодика Ю. Конституція як соціальна цінність // Право України. – 2000. – № 12. – С. 9–12.

вольяти їхні особисті та групові інтереси в поєднанні з інтересами суспільства. Джерела права мають забезпечувати політичну владу, слугувати інтересам народу й нормативно закріплювати його волю.

Маючи в своєму арсеналі джерела права, держава має можливість впливати на економічне життя, закріплюючи обов'язкові правила щодо форм власності, упорядкування фінансово-банківської системи, виробничих відносин, механізм розподілу суспільного доходу.

Щодо цінності джерел права для окремої особи, то саме у джерелах права закріплюється її правовий статус, зв'язок із державою, містяться норми, що захищають такі особисті права, як право на охорону життя, здоров'я, гідності та ін., гарантують рівність усіх громадян перед законом, незалежно від їхніх національностей, статі, соціального статусу тощо. Здійснення правомірної поведінки сприяє організації суспільства, його злагоді, координації відносин між суб'єктами щодо справедливого розподілу матеріальних благ.

Однозначне визначення соціальної цінності всіх джерел права ускладнюється їх різною юридичною природою, тобто ціннісний вимір джерел права має враховувати їх різноманітний внутрішній зміст, різні форми їх зовнішнього вияву та впливу.

Функції джерел права можна розцінювати і як процес, який розглядається в аспекті зовнішнього вияву властивостей досліджуваного об'єкта в межах певної системи відносин. Зазначене уточнення видається раціональним з огляду на два моменти. По-перше, говорячи про функції джерел права, ми завжди повинні усвідомлювати, в якому контексті або щодо якої системи відносин ми їх розглядаємо. У загальному вигляді відповідь на це питання може бути сформульована таким чином: ідеться про зовнішні вияви норм права стосовно всієї правової системи. По-друге, функції джерел права виступають саме у формі системи, а не певної хаотичної маси. Тобто всі вони є внутрішньо взаємопов'язаними, і реалізація кожного виду функцій джерел права пов'язана з реалізацією функцій всієї системи джерел права.

Система джерел права призначена для комплексного регулювання суспільних відносин. Саме у своїй сукупності вони забезпечують цілеспрямований та ефективний вплив на суспільні відносини, забезпечуючи розвиток й функціонування державних і суспільних інститутів, реалізацію прав та свобод громадян.

Система джерел права як цілісність повинна розглядатися як носій певної соціальної функції, виступаючи, у свою чергу, елементом надси-

стеми – правової системи – і, посідаючи певне місце у структурі родовидових відносин та елементно-цілісних взаємозв'язків з іншими елементами цього ж ярусу правової системи, слугує засобом забезпечення її властивостей тощо¹.

Зовнішній вияв функцій джерел права показує прямий і зворотний зв'язок джерел права із зовнішнім середовищем, внутрішній – виявляє динаміку окремих елементів системи джерел права. Наприклад, розвиваючись та удосконалюючись, джерела права одночасно фіксують існуючий стан правової свідомості суб'єктів суспільних відносин, рівень розвитку юридичної практики як певний результат їх взаємодії. Зокрема, формування та еволюція правосвідомості зумовлюють зміни в юридичній практиці. Отже, потреба врегулювання виниклих прогалин у правовому регулюванні або колізій вимагає зміни змісту джерел права або появи нових джерел права.

У контексті теорії права будь-якому з джерел права властива функція впорядкування, регулювання та організації суспільних зв'язків, визначення меж поведінки зобов'язаної особи. В.А. Семеусов називає це явище функціональним монізмом в організації та регулюванні суспільних відносин².

Ураховуючи зв'язок основних напрямів впливу джерел права на суспільні відносини, специфіку цих напрямів, визначивши відмінності їх впливу, можна визначити функції джерел права, здійснити їх класифікацію. Щоб уникнути дуже загальної, широкої класифікації функцій джерел права, відобразити саме основні напрями впливу, необхідно взяти за підставу класифікації такий критерій, який дозволив би охопити всю сукупність однорідних властивостей, притаманних напрямам впливу джерел права на суспільні відносини. Цей критерій повинен також включати можливість подальшого об'єднання напрямів впливу за однорідними ознаками.

Важливість встановлення такого критерію безсумнівна, оскільки від підстави класифікації залежить не тільки кількість функцій та їх найменування, а і їх зміст та обсяг.

Із загальних положень, пов'язаних із класифікацією, випливає, що синтез функцій та розмежування їх за групами й видами на підставі суттєвих ознак має певний теоретичний і практичний сенс. Але виникає

¹ *Тополевський Р.Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 14.

² *Семеусов В.А.* Функції хозяйственного договора. – Иркутск, 1979. – С. 73.

проблема методики створення системи класифікації функцій джерел права.

Вище було зазначено, що у функціях джерел права в концентрованому вигляді виявляються їхні специфічні властивості, що відіграють значну роль як самостійний напрям впливу на суспільні відносини.

Зрозуміло, що серед властивостей джерел права можна визначити головні та другорядні. Наприклад, закріплення у джерелі права суспільних відносин і надання певних варіантів поведінки – це властивості різного порядку. У першому випадку – це результат впливу джерела права на суспільні відносини, у другому – метод впливу. Тобто ці властивості лежать у різних площинах, а тому невідокремлення функцій, відповідних цим властивостям, порушує логічні закони наукової класифікації.

Визначаючи властивості джерел права як головні або другорядні, неможливо уникнути суб'єктивності, оскільки, на думку одного дослідника, головними будуть одні, а іншого – інші, і навпаки.

Розглядаючи проблему впливу джерел права на суспільні відносини, слід пам'ятати, що джерела права є результатом розвитку цих суспільних відносин і що вони існують настільки, наскільки створювані або існуючі суспільні відносини потребують саме нормативного впливу. Звідси як критерій класифікації джерел права ми обираємо вплив джерел права на суспільні відносини, що визначає їх призначення. Тобто в основу такого поділу кладеться відмінність у характері правового впливу на суспільні відносини. Відповідно до цього розуміння, функції системи джерел права можуть бути класифіковані на загальні (основні) та спеціальні.

До загальних функцій належать ті, що характеризують вплив системи джерел права на розвиток соціальної системи загалом та її підсистем: правової, політичної, економічної та ін. У цьому контексті для розуміння значення джерел права важливим є положення про те, що економічні та політичні потреби суспільства є підставою їх виникнення і розвитку. Необхідність такого впливу полягає в умовах суспільного відтворення. Тут необхідно торкнутись і деяких вихідних позицій при дослідженні проблем значення джерел права, з точки зору їх об'єктивної необхідності. Нині загально визнано, що джерела права є найдоцільнішою формою опосередкування соціально-економічних та політичних відносин, які виникають у суспільстві. Суспільна значимість джерел права полягає в тому, що це – найоптимальніша правова форма реалізації прав і свобод громадян, що, у свою чергу, є основою громадянського суспільства. Отже, можна виокремити соціальну (включає: ідеологічно-виховну,

світоглядну, інформаційно-програмуючу, координаційну), політичну та економічну функції джерел права.

Ідеологічно-виховна функція джерел права передбачає ідейно-мотиваційний вплив на волю, свідомість і поведінку суб'єктів суспільних відносин з метою формувати у них мотиви правомірної поведінки та спонукати їх до позитивних правомірних дій. Таким чином, джерела права впливають на волю та свідомість суб'єктів правореалізації, визначаючи їх правомірну поведінку. За допомогою джерел права держава здійснює виховний вплив на суб'єктів суспільних відносин, формуючи певне їх ставлення до джерел права і спонукаючи суб'єктів до дій відповідно до їхніх вимог. Таким чином, відбувається формування ціннісних уявлень, правосвідомості та правової культури громадян, здійснюється профілактичний, превентивний вплив джерел права на поведінку суб'єктів права, створюється взаємозв'язок нормативних та соціальних чинників, що в сукупності узгоджують дію правових приписів.

Джерела права є засобом і джерелом правової пропаганди, пов'язані з духовним життям суспільства й виконують функцію духовного впливу.

Світоглядна функція джерел права визначена їх суб'єктивним змістом як результатом правотворчості уповноважених суб'єктів. Саме у джерелах права має бути закладено ідейну основу права. З огляду на це, слід зазначити, що система джерел права як елемент культури певного суспільства формувалась протягом століть під впливом факторів об'єктивного і суб'єктивного змісту, акумулюючи духовні цінності та досягнення правових систем світу. Це, у свою чергу, зумовило особливості систем джерел права країн, що належать до різних правових сімей.

У джерелах права сконцентровано попередній досвід щодо засобів регулювання суспільних відносин; відображено рівень правової культури суб'єктів правотворення та правореалізації. У вигляді джерел права цей досвід зберігається і передається наступним поколінням.

Інформаційно-програмуюча функція джерел права полягає в доведенні змісту приписів правових норм до загального відома з метою обрання суб'єктами суспільних відносин варіанта правомірної поведінки, інформування про можливість юридичної відповідальності та про закріплені загально визнані цінності – права і свободи людини, їх честь і гідність. Згідно зі ст. 57 Конституції України, закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права та обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому

законом. Якщо ж ці акти не доведені до відома населення, вони не є чинними¹.

Джерела права є інформаційною системою, засобом зв'язку між суб'єктами та об'єктами правових відносин; за їх допомогою відбувається узгодження інтересів, що відображає їх сприйняття.

Відповідна цілеспрямованість дій суб'єктів суспільних відносин щодо досягнення певного результату зумовлена тим, що джерела права за своїм змістом є програмою їх поведінки. Така програма може мати абстрактний, неперсоніфікований характер, що має місце в законах, звернених до невизначеного кола суб'єктів, щодо характеру і форми поведінки вповноважених осіб, або більш конкретно при нормативно-договірній формі регулювання суспільних відносин. Згодою сторін у цьому випадку передбачаються не абстрактні, а конкретні суб'єкти, які мають визначені права й обов'язки. Тобто програмуючий вплив у цьому випадку полягає в тому, що нормативно-правовий договір, а саме його зміст, містить конкретну програму поведінки певних осіб, у визначених умовах часу та простору.

Отже, джерела права дозволяють упорядковувати процес нормативного впливу, звільняючи суб'єкта від необхідності щоразу приймати нове рішення у типових умовах.

Координаційна функція джерел права тісно пов'язана з інформаційно-програмуючою. Джерела права програмують поведінку учасників суспільних відносин на чітко визначених координаційних підставах. Це є важливим, оскільки джерела права як правові програми можуть мати різну юридичну природу, різні рівні обов'язковості, неоднакові ступені деталізації тощо.

Наприклад, координаційний характер нормативно-правового договору зумовлений тим, що, по-перше, сторонам надано право сформулювати в договорі положення, відмінні від тих, які містяться в диспозитивних нормах; по-друге, закон відносить встановлення будь-яких умов на розсуд сторін. Договірна програма пов'язує сторони існуючого договору за взаємною згодою, на основі рівності, диспозитивності та ініціативи сторін відповідної угоди. У цьому випадку найчіткіше виявляються найважливіші риси договірного методу регулювання суспільних відносин.

Таким чином, інформаційно-програмуюча й координаційна функції джерел права виражаються в тому, що з їх допомогою встановлюється

¹ *Посеребник С.* Вимоги до нормативно-правових актів, що випливають з принципу правової визначеності // Вісн. Акад. правових наук України. – № 3 (42). – X., 2005. – С. 50.

певна програма поведінки суб'єктів суспільних відносин шляхом координації інтересів, мети діяльності, її видів, форми взаємовідносин осіб тощо.

Змістом *політичної функції* джерел права є закріплення політичного ладу суспільства, механізму функціонування держави, порядку регламентації політичних відносин, регулювання діяльності суб'єктів політичної системи тощо. Крім того, джерела права можна розглядати і як засіб розв'язання політичних завдань.

Отже, з'ясування змісту основних загальних функцій системи джерел права дозволило визначити відповідні напрями їх впливу на політичні, ідеологічні, інформаційні, координаційні відносини, що виникають у суспільстві.

Спеціальними функціями системи джерел права є *регулятивна та охоронна*. Регулятивний вплив джерел права, як вияв впливу права взагалі, полягає в опосередкуванні таких його властивостей, як нормативність, формальна визначеність: у джерелах права об'єктивуються правила поведінки, забезпечуючи стабільність їх функціонування, організацію та підтримання соціальних процесів у необхідному стані, впровадження суспільних відносин, що створюють його предмет.

Регулятивна функція реалізується через систему мотивів, ціннісних орієнтацій, нормативних настанов, які є специфічними регуляторами поведінки, заохочують, стимулюють розвиток тих суспільних відносин, що можуть бути опосередковані правом і відображають певні цінності, але перебувають на етапі свого становлення.

Наприклад, регулятивна функція загальнолюдських принципів права полягає у їх здатності визначати зміст і спрямованість правового регулювання на універсальних загальнолюдських (загальноцивілізаційних) засадах, яка набуває практичного втілення у двох аспектах: констатуючостатичному (здатність узагальнено виражати основні особливості змісту права та слугувати юридичною основою для побудови як міжнародної, так і національних систем права) і творчо-динамічному (спрямованість на виникнення нових, розвиток, зміну та вдосконалення існуючих суспільних відносин на засадах загальнолюдських цінностей, тобто врегулювання відносин між суб'єктами, що перебувають у русі, в динаміці)¹.

¹ Філей Т.І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 20.

Таким чином, здійснюючи регулюючий вплив на діяльність та поведінку суб'єктів суспільних відносин, джерела права забезпечують їх упорядкування, узгодження.

Фіксує норми, покликані охороняти суспільні відносини (встановлюючи правові заборони та санкції за правопорушення), джерела права виконують охоронну функцію. Кінцевою метою такого впливу є витіснення шкідливих і небезпечних для суспільства дій суб'єктів суспільних відносин, охорона та захист прав і свобод суб'єктів права. Зміст цієї функції включає встановлення складу діяння та санкцій, що є підставою для настання юридичної відповідальності.

Водночас джерела права у суспільній практиці виступають критеріями правомірності щодо певних дій, підставами оцінки соціально вагомої поведінки конкретних суб'єктів, стимулюють суб'єктів до позитивних дій (зокрема, сприяння здійсненню заходів щодо розвитку пріоритетних галузей економічних, політичних і культурних відносин, розв'язанню соціальних проблем), з одночасним обмеженням небажаної з точки зору суспільства поведінки.

Кожний різновид джерел права з огляду на юридичну природу, специфічні, притаманні лише йому властивості, роль і місце в системі джерел права має конкретні притаманні лише йому функції. У системі джерел права окремі джерела права виділяються відповідно до тих функцій, які вони виконують у процесі впливу на суспільні відносини. Так, закон як вид нормативно-правових актів регулює найважливіші суспільні відносини в державі й, безумовно, є первинним джерелом права. Закони, які адекватно виражають суспільні інтереси, поєднують у регулюванні соціальних зв'язків ідеї свободи, справедливості й рівності, можуть стати важливим чинником стабілізації ситуації, формування дієздатних структур громадянського суспільства й держави, розвитку демократичних політико-правових процесів¹.

Нормативно-правові акти уряду виконують функцію формування нормативно-правової основи реалізації норм законодавчої влади. Їх відмітною рисою є виконавчо-розпорядчий (управлінський) характер. Загалом підзаконні нормативно-правові акти виконують деталізуючу функцію щодо нормативно-правових актів. Таким чином, відбувається розширення змісту законів, забезпечується комплексність правового регулювання суспільних відносин.

¹ Тацій В., Тодика Ю. Проблеми розвитку науки конституційного права України // Право України. – 1994. – № 10. – С. 9–10.

Ініціативна функція нормативно-правового договору як джерела права полягає в тому, що договір як результат узгодження волі уповноважених суб'єктів на встановлення певного роду прав й обов'язків, є, водночас, актом ініціативним, у якому суб'єктами реалізується не тільки їх рівність, правосуб'єктність, а й диспозитивність. Саме договір має бути, за умови розвитку громадянського суспільства, найважливішою підставою виникнення та регулювання більшості правових відносин. Зазначене не виключає взаємодію договору з іншими джерелами права у процесі виникнення будь-якого правового зв'язку, а також використання договору на інших етапах становлення правових відносин: їх зміни або припинення. Нормативно-правовий договір має властивості забезпечення правової самостійності суб'єктів, оскільки договірні відносини будуються на основі диспозитивності, ініціативи та юридичної рівності сторін. Відмінність між диспозитивністю та ініціативою полягає в тому, що вони перебувають у різних площинах: диспозитивність – у площині можливості, ініціатива – дійсності. Ініціатива – це вже сама дія, водночас як диспозитивність становить юридичну можливість. Диспозитивність та ініціатива (тобто реалізована на практиці диспозитивність) у договірних відносинах зводиться до трьох основних моментів: у виборі способів і форм укладання договору, визначенні змісту договору, у встановленні санкцій. Інтерес спонукає до вияву ініціативи в рамках диспозитивності, оскільки учасникам правовідносин надається можливість досягнути згоди¹.

Принципи права можуть самостійно впливати на суспільні відносини. Ідеться як про норми-принципи, так і про принципи-програми, принципи-завдання, що є самостійними актами. Наприклад, Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р., Акт проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 р. Змістом цих джерел права є загальні принципи права, як засади державотворення та правотворення в Україні.

За характером дії функції джерел права можна поділити на статичні та динамічні. За допомогою джерел права об'єктивуються правила поведінки – права та свободи, правовий статус органів державної влади та посадових осіб, тобто саме в джерелах права суб'єкт правореалізації зна-

¹ Лебедев К.К. Инициатива субъектов как принцип гражданского правоустройства. – М., 1970; Яковлев В.Ф. Развитие хозяйственной инициативы предприятий и экономическая реформа // Принципы социалистического хозяйствования и правовые пробл. экономической реформы. Тезисы науч. докл. и сообщений. – Свердловск, 1969. – С. 91.

ходить міру дозволеної та необхідної поведінки, у чому й виявляється статична функція джерела права. Спонукаючи до певних дій, джерела права виконують динамічну функцію, сприяють розвитку суспільних відносин. Функції джерел права у динаміці допомагають визначити негативні для правового регулювання сфери суспільних відносин.

Отже, мета, призначення і завдання джерел права утворюють цілісно єдине поняття – функції джерел права, є виявом їх сутності.

Теоретичне відокремлення зазначених понять і класифікація функцій джерел права обумовлене методологічним, теоретичним і практичним значенням кожного з них та їх системи щодо правореалізаційної практики, зокрема застосування їх у регулюванні суспільних відносин.

1. Джерела права мають певну систему функцій, за допомогою яких досягається відповідний ефект. Окремо взята функція – це лише один з елементів системи. Тобто функції джерел права є поняттям, що втілює в собі найсуттєвіші, типові властивості конкретних функцій окремих видів джерел права, є можливістю або властивістю джерел права, визначає їх роль у суспільстві. Функції джерел права можна класифікувати на основні (загальні) та спеціальні. Окремі різновиди джерел права мають конкретні функції.

2. У системі категорій права поняття «джерело права» виконує подвійну функцію. З одного боку, воно дозволяє відмежувати джерела права від соціальних регуляторів, які не є джерелами права. З іншого – це поняття розкриває місце будь-якого джерела права в системі джерел права¹.

3. За допомогою з'ясування функцій юридичних джерел права досягається можливість їх класифікації та систематизації.

4. Функції джерел права виступають способом реалізації та забезпечення функцій держави, є інструментом реалізації політики держави, засобом організації та забезпечення її діяльності щодо здійснення впливу на регулювання суспільних відносин.

5. Джерела права містять інформацію про закріплення важливих відносин, викорінення негативних явищ, створення сприятливих умов для розвитку нових, прогресивніших суспільних відносин. Завдяки джерелам права відбувається обмеження свавілля влади шляхом закріплен-

¹ Мартиненко П. Ф. Муніципальне право зарубіжних країн: Навч. посіб. / Акад. муніципального управління (м. Київ): НДІ приватного права і підприємництва Акад. правових наук України / Заг. ред. П. Ф. Мартиненка. Автори-упоряд.: В. Ю. Барвіцький, О. В. Батанов. – К.: Знання України, 2005. – 284 с.

ня в їх змісті прав і свобод громадян, принципу розподілу влади в контексті встановлення системи стримувань і противаг тощо.

6. Соціальна цінність джерел права виявляється в тому, що вони є виразниками міри свободи в суспільстві та необхідності, що пов'язано із встановленням юридичної відповідальності суб'єктів суспільних відносин. Закріплення прав, свобод, обов'язків людини та громадянина в джерелах права вимагає від суб'єктів права дій саме в межах правового поля і відповідно до нього. Цим забезпечується розбудова громадянського суспільства та правової держави.

Саме в джерелах права об'єктивуються засоби досягнення соціальних компромісів, узгодження окремих і загальних інтересів (суспільства, держави, особи). Адекватність відображення системою джерел права потреб суспільного регулювання і передбачення напрямів подальшого розвитку суспільства стабілізує суспільство та стимулює його розвиток на основі верховенства права, динаміку відкритої правової системи, забезпечуючи її цілісність і здійснення все складніших завдань. Коли ж система джерел права не відповідає правосвідомості та юридичній практиці, то розбіжність між бажаним і дійсним зростає, поглиблює суспільні суперечності, породжує суспільні конфлікти, розриваються системоутворюючі зв'язки, вона розпадається на низку слабпов'язаних між собою уламків, позбувається своєї особливої функції, дестабілізує суспільство, гальмує соціальний розвиток¹.

Отже, джерела права становлять раціональну можливість впливу на суспільні відносини, їх цінність для суспільства й держави пояснюється характером і наслідками цього впливу, а значення цих актів для суспільства й держави відображається в їхніх функціях, оскільки в них закладені абстрактно-теоретичні можливості, способи й форми регулювання суспільних відносин.

Критерієм ефективності джерел права є їхня здатність впливати на державну політику в галузі економіки, політики, культури. Тому теоретичне дослідження соціальної цінності джерел права в правореалізаційній практиці передбачає, насамперед, вивчення їхніх функцій. Від цього багато в чому залежить перспектива використання джерел права у всіх галузях суспільного життя, розв'язання практичних завдань гармонійного розвитку громадянського суспільства.

¹ *Топілевський Р. Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 81.

Отже, функції джерел права – це такі напрями їх впливу на суспільні відносини, потреба у здійсненні якого породжує необхідність існування джерел права як одного із засобів правового регулювання. Вони відображають найістотніші, головні риси джерел права, походять з їх природи та спрямовані на здійснення особливої ролі, яку джерела права виконують як один з елементів механізму правового регулювання. Функції джерел права – це потенційна, об'єктивна здатність джерел права бути регулятором і засобом управління суспільними відносинами, яка обумовлена закономірностями їх розвитку та реалізується за допомогою цілеспрямованого впливу на відносини, що існують у суспільстві.

ДЖЕРЕЛА ПРАВА: СУТНІСТЬ ТА ВИДИ

2.1. Теоретичні засади класифікації джерел права

Використання права як регулятора суспільних відносин зумовлює існування в межах правової системи великої кількості правових норм і правових актів, між якими існує взаємозв'язок і взаємозалежність, обумовлює розмаїття джерел права, які потребують певного упорядкування.

Це характерне для розвинутих за своїм соціально-правовим змістом правових систем та певною мірою відображає збільшення абсолютного обсягу правового регулювання, розмаїття (диверсифікацію) методів правового впливу, що породжені різними глибинними явищами й відображають протилежні соціальні тенденції¹.

У юридичній науці на сучасному етапі не існує єдиного підходу щодо класифікації джерел права, хоча ця проблема не є новою. Більшість науковців, досліджуючи проблему співвідношення джерел права між собою, розглядали питання їх класифікації відповідно до певних критеріїв. Ця дискусія визначається складністю досліджуваної категорії, яка, як зазначалось, є багатоаспектною.

Ми поділяємо думку М.М. Марченка, що в історично короткий період протягом пострадянського десятиріччя мало що змінилось, якщо говорити про фундаментальну, а не політично-кон'юнктурну теорію права². Водночас окремі зрушення таки відбулися. Зокрема, це стосується вивчення соціальних, ідеологічних та політичних джерел права. Проблема класифікації джерел права не обмежується науковим аналізом окремих джерел права, що регулюють відповідні відносини. Групування джерел права за видами є початком класифікації. Виокремивши групи джерел права за принципом схожості та відмінності, можна вибудувати

¹ Зивс С.Л. Источники права. – М., 1981. – С. 23.

² Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 37.

цілісну систему джерел права. Отже, необхідно знайти такі ознаки, які будуть необхідними й достатніми для створення груп джерел права, для опису цілісної системи джерел права.

Критерії та відповідні їм види джерел права ще не створюють усїєї класифікації. Окремі джерела права пов'язані між собою, залежать й обумовлюють одне одного, отже, вони мають дещо однопорядкове, порівнюване. Класифікація існує і діє на підставі всіх критеріїв й охоплює всі найістотніші їх різновиди. Тому вона є однією з форм систематизації знань про джерела права й може бути визначена як багатоступеневий, послідовний процес поділу обсягу поняття «джерело права». Результатом класифікації джерел права є сукупність підпорядкованих понять, які разом утворюють єдине ціле.

При поділі джерел права на групи може бути застосовано два методи: дедуктивний та індуктивний. Терміном «дедуктивна класифікація» позначається процес теоретичної побудови цілісної системи джерел права, внутрішня єдність якої заснована на загальних якостях джерел права як форм вираження норм права. Терміном «індуктивна класифікація» позначається процес поділу цілісної системи джерел права на групи відповідно до специфіки, особливих ознак окремих джерел права. Наприклад, за способом виникнення джерела права можна поділити на: нормативно-правові акти, правові прецеденти, правові звичаї, канонічні норми. Класифікація нормативно-правових актів за юридичною силою дає можливість виокремити закони та підзаконні акти, які, у свою чергу, також поділяються на групи, при виділенні яких підставою також є юридична сила.

С.В. Бошно вважає, що проблеми класифікації форм права пов'язані: з подвійною природою явищ, які виявляють себе і як форма, і як джерело права (наприклад звичай); форми та джерела права взаємно проникають одне в одне; неоднозначністю підходів різних дослідників до визначення змісту понять форми і джерела права, їх отождолення; різним розумінням змісту джерел з однаковою назвою, але використовуваних у різних правових системах¹.

На думку дослідниці, форми права можуть бути класифіковані в результаті багатоступеневих процедур за декількома підставами. Як підставу необхідно використовувати силу, що породжує правові приписи: державна воля (нормативні акти, прецеденти); загальний досвід (звич-

¹ Бошно С.В. Форма права: теоретико-правове дослідження: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 76.

чай); узгодження волі декількох учасників відносин (договір, автономне право); авторитет різного походження (релігія, доктринальні форми).

Залежно від сили, що охороняє відповідні приписи, виділяють форми, які охороняються: державою (нормативний акт); сторонами (договір, автономії); авторитетом утворюючої сили (доктрина, звичай). Слід мати на увазі, що для окремих форм права державна охорона не є кваліфікуючою ознакою. Для них найбільше значення має сила авторитету, загальне визнання.

За кількістю суб'єктів створення виділяють такі форми права: одноосібні (прецеденти, укази, закон – законодавець є консолідуючим джерелом волі); колективні (автономії та договори); форми, автори яких численні або їх кількість встановити складно, або це не має значення (доктрини, релігія, звичай).

Комплексне використання наведених підстав дозволяє виробити схему форм права, що включає як сучасні явища, так й історичні правові явища: нормативний правовий акт, судова практика, правовий звичай, доктринальні форми права, автономне або статутне (корпоративне) право, релігія, договір¹.

Початком будь-якої класифікації як певного процесу є з'ясування критеріїв класифікації. Відсутність суворої фіксації підстав класифікації призводить до того, що один і той самий об'єкт класифікованої множини за однією підставою може бути включений до однієї групи, а за іншою – до другої. Це сприяє тому, що класифікаційні схеми не є замкнутими, незмінними, застиглими. Вони уточнюються і доповнюються у процесі прогресу людського знання².

А. Нашиц критеріями класифікації виділяє три комплексні фактори: 1) природне середовище, в якому відбувається буття людини у вигляді географічних, демографічних та біологічних факторів; 2) соціально-економічне, політичне та ідеологічне середовище; 3) людський фактор у вигляді спілкування людей на мікро- та макрорівнях соціальної взаємодії³.

На нашу думку, складність системи джерел права полягає в тому, що її елементи об'єднуються як природним (на підставі суттєвих ознак), так і штучним шляхом (на підставі несуттєвих ознак); як за об'єктивними, закономірними, так і за суб'єктивними, довільними моментами; як за

¹ Там само. – С. 82.

² Поленина С.В., Сильченко Н.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. – М., 1987. – С. 16–18.

³ Нашиц А. Правотворчество: теория и законодательная техника / Под ред. Д.А. Керимова, А.В. Мишкевича. – М.: ПРОГРЕСС, 1974. – С. 37–56.

якісними, так і за кількісними ознаками; як за змістовими, так і за формальними критеріями.

Багатофункціональність поняття «джерело права» дозволяє вживати його в різних значеннях. Джерело права як поняття не замикається на формально встановлених державою офіційних правових актах, що слугують юридичним засобом вираження і закріплення норм, а розкриває соціальні джерела права, його визначеність розмаїттям умов соціального життя. В основу поділу джерел права на формальні та соціальні покладено різні способи формування права:

1) цілеспрямоване виникнення правових норм унаслідок діяльності уповноважених державних органів, які в межах власної компетенції здійснюють свої правотворчі функції;

2) спонтанне формування правових норм під впливом факторів, процесів і явищ суспільного життя.

Ці два способи істотно різняться. Діяльність суб'єктів правотворчості урегульована, відбувається в певних процедурно-процесуальних формах, упорядкована, цілеспрямована і має професійний характер. Дія соціальних джерел спонтанна, вона підпорядкована законам суспільного розвитку¹.

Якщо під джерелом права розуміти те, що породжує право чи правові норми (а саме у такому розумінні звичайно і використовується цей термін), то слід зазначити, що для суб'єктів, які встановлюють юридичні норми, і суб'єктів, які їх застосовують, джерела права різні. Так, у першому випадку джерелом є юридичний мотив, суспільні відносини, які мають правову природу, тобто ті, що можуть і повинні бути врегульовані правовими нормами, типові види правомірної поведінки, конкретні фактичні правовідносини, принципи права, закони, міжнародно-правові угоди, загальнолюдські цінності, досягнутий рівень правової культури та правосвідомості. При цьому можна виділити: 1) соціально-правові джерела, у тому числі об'єктивні і суб'єктивні (матеріальні та ідеальні); 2) юридичні джерела – нормативні настанови, юридична практика, юридична наука тощо; 3) історичні – коли розглядають джерело, з якого норма бере свій історичний зміст. До історичних джерел сучасного українського права можна віднести римське, візантійське право, які формулювали норми, що були втілені в законодавстві².

¹ *Вопенко Н.Н., Рожнов А.П.* Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 22–23.

² *Загальна теорія держави і права: Навч. посіб. / За ред. В.В. Колейчикова.* – К.: Юрінком, 1997. – С. 162–163.

М.М. Вопленко пропонує всі джерела права поділити на легальні та соціальні, з яких походять джерела юридичні. Критерієм первинного поділу всіх джерел на соціальні і легальні виступають суб'єкти та способи їх створення¹. Легальний (від лат. *legalis* – законний) – визнаний, дозволений законом.²

Поняття легальних джерел права – суб'єктів, що уповноважені встановлювати норми права – вводиться для розгляду природи та основних рис юридичних джерел права. Цим поняттям вказується сила, що створює право, що в літературі отримало назву «джерело права в матеріальному розумінні». Легальними джерелами права виступають народ, органи державної влади, посадові особи, громадські об'єднання. Легалізм – одна з важливих властивостей джерел права, що визначає природу їх походження.

Легальні джерела права – це діючі в межах правотворчої компетенції суб'єкти, що розробляють і вводять у дію юридичні джерела або форми права. Під легальними джерелами права пропонується розуміти свідому цілеспрямовану діяльність спеціально на те уповноважених державою суб'єктів, яка врегульована нормами права й має своєю кінцевою метою і результатом створення джерела правової норми через прийняття в даному суспільстві форми та способу вираження державної волі³.

По суті, ця класифікація дублює поділ джерел права за суб'єктами правотворчості: ті, що безпосередньо виникають унаслідок розвитку суспільства, і ті, що є наслідком діяльності органів державної влади.

У цьому контексті цікавим є підхід С.В. Бошно, яка виділяє легітиміційний, матеріальний, соціальний, ідеальний зміст терміна «джерело права». Легітиміційний зміст відображає стадію переходу інших видів джерел права в форму права. Легітимізація – це діяльність з надання правилим, нормам державного статусу або шляхом безпосередньої правотворчості, або санкціонуванням. Такий підхід не дає можливості трансформуватися у форми права доктринальним джерелам, судовій практиці та іншим явищам, за винятком звичаїв і нормативних актів. Легітиміційне джерело права виступає як сила, що надає будь-чому властиво-

¹ Вопленко Н.Н. Источники и формы права. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 17, 16–17.

² Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. чл.-кор. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – М.: Рус. яз., 1988. – С. 258.

³ Вопленко Н.Н., Рожнов А.П. Теоретические основы классификации источников права // Вестн. Волгоград. гос. ун-та. Сер. 5. – Волгоград, 2000. – С. 69–71; Вопленко Н.Н., Рожнов А.П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 14.

стей форми права. Для нормативного акта легітимацийним джерелом є правотворчі органи та процедури. Для звичаїв легітимацийне джерело – суспільство і його практика, для доктринальних форм права – ідеї, концепції, теорії та набуття ними своїх регулятивних властивостей – виступають легітимацийним джерелом. Найавторитетніші форми права реалізуються завдяки їх власній переконливості (доктрини, звичаї, релігія), а інші традиційно захищені силою державного примусу (нормативні акти, судові прецеденти). Таким чином, авторитет виступає комплексним легітимацийним джерелом¹.

На думку М.М. Марченко, по-перше, джерело права необхідно розглядати з етимологічного боку. По-друге, під кутом зору джерела права як природного (географічного, кліматичного, біологічного та ін. фактора), що створює безпосередній вплив на процес правотворення та похідний – на процес правотворчості, а отже – і на саме право. Це так зване природне джерело права. По-третє, в аспекті джерела права як соціального, ідеологічного, культурологічного та інших факторів, що здійснюють безпосередній вплив на процес правотворчості, а через нього опосередковано – і на саме право. Це джерело можна назвати, відповідно до природи та призначення, соціальним джерелом права. Джерело права – це процес селективної еволюції культури, що акумулює у своїх нормах поведінки соціальний досвід людства (або досвід суспільства, в якому вони діють). По-четверте, в аспекті сприйняття джерелом права економічних факторів, що існують у будь-якому суспільстві, поряд з іншими факторами, і здійснюють на процес правотворення певний вплив. Це матеріальні джерела права. Тривалий час саме цьому підходу надавалась перевага. Не заперечуючи його важливості, слід акцентувати його розгляд як одну із сторін правотворення².

Р.Б. Тополевський класифікує джерела права на загальносоціальні та спеціально-соціальні (юридичні). Серед загальносоціальних найвагомішими є матеріальні та ідеологічні джерела права³.

Безперечно, джерела права містяться, насамперед, у системі об'єктивних потреб суспільного розвитку, у своєрідності цього способу буття. Однак суспільні відносини повинні бути усвідомлені та скореговані законодавцем відповідно до рівня його правосвідомості й політичної орієнтації. Це визнається джерелом права в ідеальному розумінні.

¹ Бошич С.В. Форма права: теоретико-правове дослідження: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 50–51.

² Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 45–50.

³ Тополевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. ... дис. – С. 7.

Водночас результат ідеологічного усвідомлення об'єктивних потреб суспільного розвитку через низку правотворчих процедур набуває об'єктивованого виразу в юридичних актах, які є юридичними джерелами права¹.

На думку Т.В. Гурової, обсяг поняття «джерело права» становлять три умовно відокремлювані елементи класу джерел права: спосіб буття людей – соціальне джерело права – двоєдина біосоціальна природа людини, людське суспільство як генетичне джерело права; держава – політичне джерело права – сила, що породжує позитивне право і є необхідною з'єднувальною ланкою між генетичною основою права та його документальними джерелами; акти – документи, що містять норми права, – формальні джерела права (нормативні акти, судові прецеденти, договори нормативного змісту, принципи права, правові звичаї, загальноповизнані принципи і норми міжнародного права тощо). Отже, можна виділити три рівні джерел права: генетичний, політичний та документальний. Така послідовність дає змогу прослідкувати розвиток права як явища соціального порядку, закономірності переходу від ідеї про необхідне, що народилася в людському суспільстві, до формалізації та інституалізації цієї ідеї. Таким чином, система джерел права складається з елементів різного рівня і відображає процес природно-історичної інституалізації позитивного права².

В англійському праві також існує класифікація джерел права на формальні та матеріальні. Під першими розуміють волю і владу держави, що демонструються судами, а матеріальними джерелами є ті, з яких виводиться зміст, а не юридична сила закону. До матеріальних джерел належить законодавство, прецедент і думки юристів. Матеріальні джерела поділяються на юридичні та історичні. До юридичних джерел належать ті, що визнані такими законно (прецедент, законодавство та звичай), а історичних – такі самі, але ті, що потребують юридичного визнання³.

Уперше розмежування джерел права на джерела в матеріальному та джерела права у формально-юридичному значенні наведено у праці С.І. Вільнянського⁴. У першому випадку мається на увазі першоджерело,

¹ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. – М.: Юрист, 1997. – С. 329–330.

² Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 14.

³ Зайтцова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М., 2002. – С. 19.

⁴ Вильнянский С.И. К вопросу об источниках советского права // Пробл. социалистического права. – 1939. – № 4–5. – С. 63–65.

головний правотворчий фактор – система соціально-економічних відносин, що постійно розвивається і впливає на зміст норм права через органи державної влади. Водночас держава не має достатньої здатності формування законів, вона покликана виражати в законах суспільні відносини, що об'єктивно утворюються, не допускаючи «юридичного тиску» на них, який виражатиметься у різних вказівках та заборонах¹. У другому випадку мають на увазі зовнішню форму вираження юридичних норм, організацію власного змісту права, переважно в нормативно-законодавчому аспекті, його державно-владну забезпеченість.

Безперечно, важливе значення для розгляду джерел права має розгляд тих соціально-економічних умов, які справляють вплив на зміст норм права. У цьому контексті виправданим є виокремлення джерел права в матеріальному розумінні. Це, насамперед, економічна система суспільства, яка детермінує процес правотворення за допомогою і через державну діяльність.

Крім того, право, яке не відображає власного матеріального стану, втрачає свої регулятивні властивості. Наприклад, відповідно до Регламенту Верховної Ради України, законопроекти, розроблені за дорученням або на замовлення Верховної Ради України, а також ті, що вносяться Президентом України або Урядом, повинні супроводжуватися пояснювальною запискою. У разі внесення законопроектів, які потребують фінансових витрат, пов'язаних із його прийняттям та реалізацією, додаються його фінансово-економічне об'рунтування та пропозиції щодо покриття цих витрат. Законопроекти фінансового змісту обов'язково мають отримати оцінку відповідного міністерства. Саму діяльність Уряду з підготовки висновку слід визначити як фактор правотворчості, а фінансові засоби – як джерела в матеріальному розумінні.

Матеріальне джерело може бути відображене у відповідних формах, а може й не бути. Так буває в період революційних подій, коли фактичні суспільні відносини змінюють, а саме замінюють, собою правові. Потім відбувається легітимізація революційних змін і вони набувають закріплення в актах нової держави².

Логіка аналізу джерел права в матеріальному розумінні має співвідноситися з особливостями матеріальних інтересів і волі, що обумовлені певними матеріальними виробничими відносинами, з яких виводяться

¹ Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 7.

² Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 53–54.

політичні, правові, ідеологічні уявлення про фактори, що впливають на створення і зміст норм права. Економічний лад суспільства – система виробничих сил і виробничих відносин, що засновані на певній формі власності, – найістотніше джерело права. Економічний лад суспільства визначає розвиток усієї правової системи суспільства, прямо або похідним чином впливаючи на форму держави, політичний режим. З метою захисту економічних інтересів здійснюються політичні дискусії, укладаються політичні компроміси, формується правотворча практика¹.

На думку М.М. Вопленка, при виокремленні джерел права в матеріальному значенні може виникнути суперечність між двома факторами створення права: правотворчою діяльністю органів держави як організаційної та політичної сили правотворчості й матеріальними умовами життя суспільства, що впливають на правотворчі процеси не прямо, а опосередковано. На жаль, органи державної влади не завжди будують свою правотворчу діяльність з урахуванням економічних потреб. Крім того, сам термін «джерело права в матеріальному розумінні» є дуже комплексним й абстрактним. В основі матеріальних умов життя суспільства лежать потреби та інтереси людей: економічні, політичні, ідеологічні, національні тощо, тому виділити лише матеріальні відносини у чистому вигляді як особливе джерело права складно. Отже, так зване «джерело права в матеріальному розумінні» є лише різновидом соціальних джерел права².

Від джерел права в технічному (матеріальному) розумінні слід відрізнити, по-перше, правотворчі сили – народну правосвідомість і законодавчу владу, по-друге, юридичні пам'ятки, які свого часу були істинними джерелами права, а нині зберігають лишень історичне значення як засіб пізнання колишнього права, по-третє, матеріал, покладений в основу закону, наголошував ще в ХІХ столітті Г.Ф. Шершеневич³. У середині ХХ століття С.Л. Зіве назвав зазначені джерела права матеріальними джерелами, як фактори, що визначають зміст права певного суспільства⁴.

На думку А. Нашиц, комплексність та абстрактність терміна «джерело права» в матеріальному розумінні зумовлює потребу в тому, щоб фактори правотворення, які впливають на зміст правових приписів, назива-

¹ *Вопленко Н.Н. Источники и формы права.* – Волгоград: ВолГУ, 2004. – С. 10–13.

² Там само. – С. 14.

³ *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права* (по изд. 1907 г.). – М., 1995. – С. 36.

⁴ *Зивс С.Л. Источники права.* – М., 1981. – С. 22.

ти соціальними джерелами права. Термін «соціальне джерело права» охоплює всі розуміння терміна «джерело», за винятком формального. Це складне поняття, що включає в себе як соціальні фактори, що впливають на зміст права, так і різні соціальні установи і форми, за допомогою яких цей зміст викристалізовується у вигляді загальних правил поведінки, що перетворюються потім за допомогою так званих формальних джерел (нормативних актів) в юридичні норми¹.

Соціальні джерела права – складна, поліструктурна, багаторівнева система факторів суспільного життя, які прямо чи опосередковано, з різним ступенем вираження на конкретному етапі історичного розвитку держави й суспільства впливають на зміст права та ініціюють формування його джерел. До найістотніших компонентів цієї системи слід віднести економіку, політику, соціальну структуру суспільства, ідеологію, психологію, моральність².

Як зазначалось, на нашу думку, з огляду на значний обсяг поняття «джерела права», слід уточнити – загальносоціальні, оскільки, це поняття, що покликане об'єднати всі багатоманітні умови й причини, фактори і дії, унаслідок яких виникає рішення про створення формально-юридичного джерела права. Це об'єктивно утворені в певному суспільстві фактори правотворчості, що впливають на свідому діяльність людей, ініціюють розвиток їхніх правових потреб та інтересів, які обумовлюють правотворчу діяльність суб'єктів, утілюючи у зміст правових норм різні інтереси суб'єктів суспільних відносин (класів, верств суспільства, народностей, націй), які утворюють соціальну структуру суспільства³. Водночас слід погодитися з А. Нашиц, соціальні джерела, яку б назву вони не мали (реальні джерела, джерела конституювання права, «даність права», «природа речей», соціологічний субстрат норми тощо), – це умова, необхідна не тільки для розуміння процесу правотворення, а й для захисту практичної правотворчої діяльності від суб'єктивізму та волюнтаризму⁴.

У змісті права та джерелах права мають виражатися тільки соціально-значимі фактори суспільного буття людей, – а це означає, що соціальна основа права, його джерела виключають суб'єктивізм та сваволю у правотворчості, у чому й полягає цінність цих джерел.

¹ Нашиц А., Федор Н. Роль судебной практики в формировании и совершенствовании норм социалистического права // Советское государство и право. – 1964. – № 5. – С. 1–22.

² Волленко Н.Н., Рожнов А.П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции: Монография. – Волгоград. Волгоград. гос. ун-т. 2004. – С. 22–23.

³ Строгович М.С. Логика. – М., 1949. – С. 116.

⁴ Нашиц А. Правотворчество: теория и законодательная техника. – М., 1974. – С. 9.

Зміна соціальної політики держави, а саме акцентування уваги на захисті прав і свобод громадян, поява на сучасному етапі нових верств населення знайшла відображення і у змісті, і у формі права, викликала зміни у пріоритетності джерел права. Зокрема, з'явилося чимало нормативно-правових актів, що стосуються організації діяльності підприємств, козацтва, окремих народів. Про це йдеться в останніх дослідженнях літньої проблеми. Звертається увага на підвищення ролі нетрадиційних джерел права: ділових узвичаєнь, корпоративних норм, нормативно-правових договорів, судової практики, прецедентів тощо¹.

Як зазначалось, виникненню форм права передують інтелектуальна діяльність, спрямована на їх розроблення. У будь-якої форми права є ідеальні підстави, але вони мають нерациональний, несистематизований характер, виникають спонтанно та існують у різному вигляді. Емоційно-вольовий бік розвивається до наступного рівня правової свідомості у вигляді ідеології, і в такій якості виступає джерелом права. Найдокладніше теорія ідеальних джерел права розроблена представниками історичної та психологічної шкіл права. Існує можливість прийняття нормативно-правового акта, що не має ідеальних джерел права; у цьому випадку законодавець шукає резерви його дієвості. Найпростішим є державний примус, покликаний заповнити нестачу авторитетності та впевненості².

Звертаючи увагу на важливість джерел права в ідеологічному розумінні, слід зазначити, що ідеологія і психологія суспільства (система ідей, поглядів, теорій, які виражають правові погляди суспільства) – це інтелектуальне та емоційне середовище, на ґрунті якого формуються, відповідаючи історико-національному духові народу, відповідні джерела права. Ідеологічним і психологічним фактором формування права є не тільки правосвідомість, а й інші форми суспільної свідомості (політичні, моральні, економічні погляди), що визначають зміст правових вимог³. Мораль суспільства визначає моральний потенціал і легітимність чинних правових норм. Певні моральні проблеми розв'язуються за допомогою правового регулювання. Це правосвідомість як ідейна та інтелекту-

¹ Василенко О.Н. Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2000; Березина Е.А. Толкование договора как вид юридического толкования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2001; Трнфимов В.В. Взаимодействие индивидов как правообразовательный процесс: общетеоретический аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2001; Томашевська М.О. Корпоративні акти в системі джерел права України: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01 / Ін-т законодавства Верховної Ради України. – К., 2005.

² Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование: Дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2005. – С. 56–57.

³ Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. – М.: Наука, 1967. – С. 17.

альна основа формування знань про право й закономірності правотворчої діяльності. Це сукупність обставин, викликаних діяльністю законодавця щодо усвідомлення і подальшого корегування суспільних потреб відповідно до рівня його правосвідомості й політичної орієнтації, на яку впливають різні чинники.

Правосвідомість справляє істотний вплив на діяльність людей у сфері правотворчості. Зокрема, це стосується процесів формування державної волі при об'рунтуванні мети джерел права. Правосвідомість як система ідей, почуттів, емоцій, настроїв на рівні протоправа фіксує в собі весь соціально-значимий спектр людських потреб, зведених до рангу інтересів, виступає основним ідеологічним джерелом права. У ній економічний, політичний, моральний зміст набуває форми юридичних ідей та мотивів діяльності.

Основними функціями правосвідомості стосовно джерел права є правотворча, пізнавальна та оціночна. Правотворча функція правосвідомості може виступати, з одного боку, регулятивною основою розгляду та вирішення юридичних справ, а з іншого – за допомогою правосвідомості формулюються і розглядаються проекти нормативно-правових актів, санкціонуються нетрадиційні джерела права. Звертаючи увагу на суб'єктивізм правосвідомості, необхідно бачити у ній інтелектуально-вольовий засіб забезпечення якості актів правотворчості, який супроводжує процес виникнення досконалих за формою та змістом джерел права. Змістом пізнавальної функції правосвідомості є те, що правові погляди й почуття стають засобом і результатом пізнання людьми закономірностей правового регулювання. Тому пізнання змісту, мети та конкретних вимог правових норм здійснюється у формі правового усвідомлення і тлумачення відповідних джерел. Оціночна функція правосвідомості полягає в оцінці правових норм. Результати цієї оцінки можуть виражатись у формулюванні суджень про якість правових норм й сприяти формулюванню пропозицій щодо удосконалення джерел права¹.

Правосвідомість як безпосереднє джерело права існувала в певні (як правило, перехідні) періоди розвитку окремих країн. Одним з яскравих прикладів є початок ХХ століття – період Жовтневої революції, коли революційна правосвідомість вважалася основним джерелом права.

При цьому спостерігалися неправові явища та суб'єктивізм. Тому, на думку М.М. Волленка, правосвідомість у галузі правотворчості покликана виконувати допоміжну, обслуговуючу функцію².

¹ Волленко Н.Н. Источники и формы права. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 29–31.

² Там само. – С. 15.

Політика, через сферу політичної свідомості та практичної діяльності учасників політичного життя, є одним з найважливіших джерел права. Основними суб'єктами формування політичних джерел права виступають класи, нації, народи, громадські об'єднання, що реалізують свої корінні інтереси через діяльність політичних партій. Саме у статутах і програмах партій та рухів, виступах їх лідерів формулюється мета правотворчої політики, яка з часом втілюється у формі та змісті права. Політичні інтереси, набуваючи юридичного закріплення, перетворюються на суб'єктивні права та юридичні обов'язки.

Окремі дослідники виділяють джерела права в пізнавальному розумінні, маючи на увазі матеріали (документи), що використовуються для підготовки проєктів конкретних джерел права, з огляду на те, що вони пояснюють причини, умови, мету, які безпосередньо сприяли появі певного джерела права.

Таким чином, якщо припис відповідає уявленням про справедливі та добрі звичаї (ідеальному джерелу), має фінансові або інші ресурси для його реалізації (матеріальне джерело), створений за процедурою, що відповідає традиціям і законодавству країни (легітимізаційне джерело), має певний досвід ідеї, що дозволяє констатувати, що правило склалося (соціальне джерело), то воно готове перетворитися у формальне джерело¹. Тільки єдність усіх джерел може забезпечити гармонійну ефективну стійку форму вираження права.

Отже, конкретизація поняття «джерело права» в сучасній теорії держави і права здійснюється в декількох аспектах:

а) у матеріальному розумінні під джерелом права розуміють економічні, соціальні умови життя суспільства, які визначають державну владу й виступають як правотворча сила суспільства;

б) в ідеологічному розумінні – сукупність ідей, правова свідомість, концепції, політико-правові погляди тощо;

в) у формально-юридичному значенні джерело права є сукупністю способів об'єктивації волі суб'єктів правотворчості, саме тут виділяють такі види джерел, як правовий прецедент, правовий звичай, нормативно-правовий акт і нормативний договір, принципи права;

г) джерело можна розглядати як джерело пізнання права (історичні пам'ятки права, дані археології тощо)².

¹ Бошно С.В. Форма права: теоретико-правове дослідження: Дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. – С. 58.

² Калинин А.Ю., Комаров С.А. Форма (источник) права как категория теории государства и права // Правоведение. – 2000. – № 6. – С. 3.

Таким чином, у сучасній теорії права джерела права класифікуються: на юридичні та матеріальні; або на соціальні, політичні й формальні; або на матеріальні, загальносоціальні та спеціально-юридичні. На нашу думку, джерела права слід поділити на загальносоціальні та формально-юридичні, оскільки традиційний поділ усіх джерел права на юридичні й матеріальні не дозволяє розглядати як джерела права суб'єктів правотворчості. Діяльність компетентних правотворчих органів держави конституційована нормами права, має юридичний характер і визначається не стільки соціальною основою суспільства, скільки законом, встановленою процедурою зведення державної волі в закон. Результатом цієї діяльності є державні акти – форма вираження державної волі. О.В. Міцкевич виділяє у статусі соціального джерела права діяльність держави як безпосередню силу, яка породжує право. Діяльність держави, у свою чергу, обумовлена матеріальними умовами життя суспільства, інтересами та ідеологією панівного класу, співвідношенням класових сил у даному суспільстві як факторами, які визначають волю панівного класу або народу, який перебуває при владі, зведену державою у загальнообов'язкові правила поведінки¹. Крім того, діяльність держави, порівняно з іншими соціальними джерелами, має іншу природу – засновується на законі, юридичній процедурі, має офіційний характер. Тому, не є соціальним джерелом права².

Такі поняття, як «спосіб буття людей», «біосоціальна природа людини» уможливають виникнення, функціонування та еволюцію права як продукту діяльності людей, явище соціального порядку. Саме перетворення людини в суб'єкта дало можливість створювати позитивне право³. Отже, класифікація, що не враховує цього, буде незавершеною і неповною. Загальносоціальні джерела права об'єднують матеріальні, політичні, ідеологічні джерела.

Джерело права у формальному розумінні збігається з поняттям «форма права» як офіційна форма вираження і закріплення норм права. Це значення джерела права багатьом авторам дає змогу бачити у формі права спеціальне, юридичне або формальне розуміння терміна «джерело права» або твердити про умовність назви джерел права, які насправді

¹ Міцкевич А.В. Правотворческое значение нормативного акта // Советское государство и право. – 1965. – № 11. – С. 26.

² Волленко Н.Н. Источники и формы права. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 30–34.

³ Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 9.

є тільки формами, способами закріплення і вираження юридичних норм¹.

На думку С.Ф. Кечек'яна, питання про те, що є джерело права у формальному розумінні, вирішується залежно від відповіді на питання про те, в чому полягає підстава обов'язковості норм права, які саме форми надають нормам правового характеру. Тільки державна влада, перетворюючи норми у свої акти, надає їм обов'язковості і, відповідно, надає статус форми права².

Формально-юридичні джерела права (джерела права у формально-юридичному розумінні) – це особлива форма виразу відповідного змісту норми права, тобто волі суб'єктів правотворчості. Відповідно норма права як єдина юридична категорія має свій зміст (волю суб'єктів правотворчості) і свою форму (джерела права), тобто складається із двох органічно поєднаних частин: волі суб'єктів правотворчості та форми її вираження.

До формально-юридичних джерел права відносять нормативно-правові акти, правові звичаї, правові прецеденти, нормативно-правові договори, принципи права, правову доктрину, релігійні норми, які можуть бути класифіковані за різними критеріями.

1. Найпоширенішим є підхід, відповідно до якого класифікація формально-юридичних джерел права розглядається з точки зору їх ієрархії. Встановлення ієрархічних відносин між правовими актами притаманно всім правовим системам, оскільки ефективне функціонування правової системи залежить, насамперед, від ефективності функціонування системи джерел права, що, зокрема, зумовлено існуванням ієрархії, яка поєднує велику кількість різних джерел права та їх узгоджену дію³.

Система формально-юридичних джерел права (далі – система джерел права) є органічним цілим, усі елементи якого – це окремі види джерел, розташовані в певному встановленому порядку. Цей порядок залежить від юридичної сили, яку має певне джерело.

Загалом можна виділити два підходи щодо визначення структурної організації системи джерел права. Так, існує підхід, відповідно до якого система джерел права не має ієрархії і чіткої внутрішньої підпорядкова-

¹ Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. – М.: Наука, 1967. – С. 27; Зивс С.Л. Источники права. – М., 1981. – С. 22.; Галесник Г.С. Нормы права и практика коммунистического строительства // Вопр. общ. теории сов. права. – М., 1974. – С. 9.

² Кечек'ян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки Моск. гос. ун-та. – М., 1946. – Вып. 110. – Кн. 2. – С. 7–8.

³ Зивс С.Л. Источники права. – М., 1981. – С. 11.

ності. Жодне із джерел права не може володіти абсолютним верховенством стосовно інших, хоча для закону й характерна тенденція переваги. Закон визнається рівним за юридичною силою з іншими джерелами права (характерно для скандинавських країн). Інший підхід визначає наявність вертикального зв'язку між джерелами права. Ієрархічна структура джерел встановлює градацію джерел права. (Детальніше див. підрозділ 2.3.)

2. Залежно від способу прийняття, можна виділити формально-юридичні джерела, прийняті уповноваженими органами державної влади; на референдумі народом; акти, прийняті в порядку делегованої правотворчості та шляхом санкціонування.

У цьому контексті формально-юридичні джерела права також можна поділити на дві групи залежно від ставлення держави до правових форм, носіїв правових норм, а саме: джерела, встановлені державою (нормативно-правові акти) – держава активна у створенні норми, прямо виявляє свою волю в конструюванні змісту права, де правова норма створюється професійним спеціально уповноваженим державним апаратом; джерела, санкціоновані державою, коли держава схвалює створену не нею соціальну норму, надаючи їй юридичного значення (правові звичаї, юридичні (судові) прецеденти), нормативні договори, доктрини та релігійні норми (мусульманське право)¹.

3. За рівнем правового регулювання формально-юридичні джерела права поділяють на національні, регіональні (наднаціональні), міжнародні; за державним устроєм – на унітарну, яка складається із загальнодержавної системи джерел права, системи джерел права адміністративно-територіальних одиниць і системи джерел права автономних утворень (у разі їх наявності), та федеративну, що об'єднує систему джерел права федерації і систему джерел права суб'єктів федерації².

4. За предметом правового регулювання розрізняють галузеві формально-юридичні джерела права, а саме: джерела конституційного, адміністративного, цивільного права тощо.

5. Залежно від належності до певної правової сім'ї, розрізняють джерела права романо-германської, англосаксонської, традиційної, мусульманської правової сімей.

Основними формально-юридичними джерелами права романо-германської правової сім'ї є нормативно-правовий акт, правовий звичай, су-

¹ Волленко Н.Н., Рожнов А.П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 14.

² Топольевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. – С. 9–10.

дова практика, нормативно-правовий договір; англо-саксонської – судовий прецедент, нормативно-правовий акт, правовий звичай; крайн мусульманського права – Коран, Суна, іджма, правова доктрина, кіяс, нормативно-правовий акт; сім'ї традиційного права – правовий звичай, нормативно-правовий акт, судовий прецедент.

6. Залежно від способу оформлення і форми зовнішнього вияву, джерела права поділяють на писані і неписані, формальні і неформальні.

Писані джерела права відіграють визначальну роль у системі романо-германського права загалом і виступають як документ, що має певну форму (наприклад нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент, загальні принципи права).

Неписані – не мають форми документа, але можуть виявлятися у вигляді активної поведінки, що має юридичний зміст, впливають на процес формування і розвитку формально-юридичних джерел права. До них слід віднести правові звичаї.

7. Залежно від комплексу критеріїв (за юридичною силою, соціальною значимістю, ступенем поширеності серед інших джерел права) розрізняють первинні і вторинні джерела права.

На думку С.С. Алексєєва, тільки закон містить первинне право, а тому всі інші юридичні приписи, закріплені в підзаконних нормативно-правових актах, мають похідний характер, тобто ґрунтуються на засадах, які встановлені в законах, конкретизують їх¹. С.С. Студеникін поділяє норми права на основні та похідні за юридичною силою. На його думку, похідна норма звичайно конкретизує та деталізує норму «основну», яка зафіксована в актах, виданих органами, вищими стосовно того органу, що встановлює «похідну» норму². О.В. Міцкевич вважає, що для віднесення норм права до вторинних чи похідних визначальне значення має обставина: врегульовано або не врегульовано ті відносини, яких стосується відповідна норма права, нормою, що встановлена вищим органом³.

Водночас сутність юридичної природи первинних джерел права, які містять правові норми, полягає не в тому, що на них покладають, а в тому, що акт є джерелом права в юридичному значенні, що з його прийняттям виникають нові правові норми, змінюються або скасовуються норми, що діяли раніше. Таким може бути лише акт, у якому виражена воля

¹ Алексєєв С.С. Проблемы теории права: В 2 т. – Т. 2. – Свердловск: Свердлов. юрид. ин-т, 1973. – С. 60–74.

² Студеникин С.С. Советская административно-правовая норма и ее применение: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1949. – С. 18.

³ Мицкевич А.В. Правотворческое значение нормативного акта // Советское государство и право. – 1965. – № 11. – С. 51–52.

компетентного суб'єкта правотворчості на встановлення правила поведінки, на його зміну або скасування. Крім того, для забезпечення правильного застосування права важливо встановити те першоджерело, яким цим нормам було надано силу діючих правових приписів, тобто яким норми були встановлені. Отже, охоплюються всі категорії актів правотворчості та відмежовуються всі акти, не пов'язані з правотворчістю. Таким чином підкреслюється правове призначення основних нормативних актів, що полягає не лише у викладенні змісту правових норм, але і в наданні їм загальнообов'язкової (юридичної) сили, у первинному встановленні правових норм¹.

Західні вчені-юристи в галузі порівняльного правознавства вважають цей критерій одним з головних. На думку Е. Пірсона, у теорії джерел романо-германського права найважливішим, фундаментальним поділом джерел права на різні групи є їх класифікація на первинні, в яких містяться норми, що мають обов'язкову силу для судів, і на похідні джерела, що іноді називаються просто джерелами або документами. Первинні джерела охоплюють нормативні акти та звичай з перевагою перших над другими, іноді до них також відносять загальні принципи права. Вторинні (похідні) джерела права мають значення лише тоді, коли первинні джерела повністю відсутні або коли вони неповні або незрозумілі. Це судові прецеденти та наукові праці відомих вчених-юристів².

Співвідношення між первинними та похідними джерелами права в різних національних правових системах має відмінності. Зокрема, у правовій системі Франції загальні принципи права і правові звичай включають до первинних джерел поряд із нормативними актами, оскільки вони лежать в основі права. Загальні принципи права розглядають як джерело, що в ієрархічному сенсі знаходиться над усіма іншими джерелами права. У правовій системі Італії первинними джерелами права називають акти делегованого законодавства та регіональні законодавчі акти. Вторинними джерелами права визнають «формальні адміністративні акти» у формі ордонансів, що приймають центральні та місцеві органи виконавчої влади. Усі вторинні джерела права підпорядковані первинним і не можуть їм суперечити³.

¹ Там само.

² Цитується за: *Марченко М.Н.* Источники романо-германского права: понятие, виды, классификация // *Вестн. Моск. ун-та. – Серия 11. Право. – 2000. – № 2. – С. 26–27.*

³ Там само. – С. 27–28.

Крім того, дослідження джерел права в аспекті їх первинності повинно співвідноситися із структурною побудовою системи джерел права, генетичних зв'язків між ними. Відповідно поділ джерел права на первинні та вторинні відображає те, якою мірою сформульоване в певному виді джерел права конкретне правило визначається змістом іншого. Якщо одне джерело обумовлює зміст іншого, останнє є похідним. І навпаки, коли зміст одного джерела не визначається іншими джерелами, воно є первинним.

На рівні Конституції має визначатися ситуація щодо первинних джерел права. Парламент видає первинні джерела – закони. Усі інші органи державної влади видають підзаконні нормативно-правові акти вторинною або похідного характеру. Первинність таких актів можлива лише у випадку нерегульованості будь-якими актами парламенту – законами. При цьому такі акти видаються лише в межах компетенції органу державної влади, їх зміст не повинен суперечити змістові законів або загальним принципам правового регулювання.

Дискусійною видається класифікація, запропонована О.П. Шебановим. Він один із перших поділив систему джерел права на основні та допоміжні. Основні, на його думку, містять у собі норми права, а допоміжні, нормативні за характером, правових норм не містять¹. До допоміжних нормативних актів він відносить юридичні доктрини, що затверджують, роз'яснюють зміст основних, акти-доручення іншим органам видавати нормативні акти, переліки актів, що втратили силу, або переліки змінених статей джерела права без викладу їх змісту. Особливість юридичної природи допоміжних джерел права полягає в тому, що вони не створюють абсолютно нових правил поведінки, а доповнюють, уточнюють та конкретизують уже наявні чинні норми. Їх юридична сила, практична дія зберігається і визначається на час дії основних норм, доповненням до яких вони є. Правоположення, ділові узвичаєння, акти офіційного тлумачення, що виникли в результаті правозастосовної діяльності, є, на нашу думку, чинниками правотворчості, а не допоміжними джерелами права.

8. Формально-юридичні джерела права можна класифікувати на традиційні та нетрадиційні.

Складність цієї класифікації формально-юридичних джерел права визначається недостатньою ясністю поняття «правова традиція». Традиція або традиційність, передбачає стійкість, незмінність, певну стабільність, повторюваність і характерність, а також правонаступництво. Пра-

¹ Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 92.

вову традицію у загальному вигляді розуміють як стабільність і певну тривалу незмінність найістотніших (конститутивних) компонентів національної правової системи, що надає їй якісної індивідуальної своєрідності й дозволяє за ознакою відносного збігу цих компонентів групувати правові системи у правові сім'ї. Отже, вживання терміна «традиційні джерела права» справедливе лише остільки, оскільки справедливе віднесення юридичного джерела права до числа саме конститутивних елементів правової системи¹.

Правова традиція є закономірністю розвитку права, що визначається особливостями його національно-історичного розвитку. Традиція права також проявляється у повторюваності та спадковості правового менталітету, джерел права, правових інститутів та процесів. У науковій літературі останніх років підкреслюється, що окремі країни є носіями самостійної традиції права та юрисдикції, що несе в собі риси західної або східної традиції права. Стан джерел права належить до числа важливих конститутивних ознак правової традиції, що дає підстави для їх поділу на традиційні та нетрадиційні.

Нетрадиційні джерела права становлять систему нормативних приписів, що створюються, як правило, у процесі правозастосовної діяльності не уповноваженими на те державними органами або хоча й уповноваженими, але при безумовному субсидіарному характері застосування таких приписів для врегулювання суспільних відносин порівняно з нормативно-правовими актами, які виникають без прямого державного втручання, але за наступним державним схваленням².

По суті, йдеться про санкціонування форм права. Водночас нетрадиційні джерела права мовчазно визнаються державою як можливі додаткові регулятори суспільних відносин. Держава, на думку М.М. Вопленка, терпить існування таких джерел як корисних у тих галузях соціального регулювання, де жорстке соціальне регулювання недоречне. Це, зокрема, правові звичаї, судова практика, правова доктрина, нормативні договори у сфері приватного права. Загалом поняття нетрадиційних джерел має умовний характер і конкретизується стосовно конкретних джерел права. Значення цієї класифікації полягає у зверненні уваги на нетиповість певних джерел права³.

¹ Вопленко Н.Н., Рожнов А.П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 28.

² Рожнов А.П. Нетрадиционные источники права в правовой системе // Вестн. Волгоград. гос. ун-та. – Волгоград, 2001. – Сер. 5. Вып. 4. – С. 33–34.

³ Вопленко Н.Н., Рожнов А.П. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 23.

Р.Б. Тополевський також пропонує разом із традиційними юридичними джерелами права (нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент, правовий звичай) включити до системи джерел права й нетрадиційні – принципи права, корпоративні акти, релігійно-правові тексти, акти м'якого права (рекомендаційні акти міжнародних організацій)¹. На думку дослідника, ефективно функціонування системи джерел права можливе лише в разі її збагачення й ускладнення за рахунок нетрадиційних джерел права, тобто визнання концепції різноджерельного права і впровадження її в правове буття народу².

У контексті класичних концепцій праворозуміння важливим й актуальним сьогодні є розгляд природного та позитивного права як джерел права.

Змістом природного права є моральні та правові ідеї, принципи, ідеали, які самі по собі не є правом, а є передумовою та основою позитивного права. Об'рунтовуючи пріоритет природного права, природжених прав людини, представники цієї теорії прагнули за допомогою цього здійснити вплив на позитивне право.

Вплив ідей природно-правової концепції на розвиток сучасного права отримав офіційне визнання в низці правових актів. Ідеться про закріплення в конституціях майже всіх держав прав та свобод людини і громадянина.

Водночас існує і протилежна точка зору. На думку Г.Ф. Шершеневича, природне право може виступати і як діюче право: це право, яке повинно застосовуватись там, де мовчать закони, а іноді й там, де вони суперечать один одному. Природне розуміння права видається актуальним лише з точки зору реалізації прав і свобод громадян. З цієї позиції природне право необхідно розглядати як складову правової свідомості та вимоги демократичних інститутів, а не формальне джерело права³.

Теологічні доктрини природного права пропонують такі форми і джерела права, як Бог, божественна воля, божественна справедливість тощо. Християнські концепції природного права (раціоналістична теорія природного права або теорія відродженого природного права) як джерела права розглядають людську природу, розум людини, природу речей тощо⁴.

¹ Тополевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 4.

² Там само. – С. 15–16.

³ Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. – М., 1911. – С. 74.

⁴ Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 81.

Коли йдеться про форми та джерела природного права, то мається на увазі, насамперед, об'єктивне природне право.

Залежно від того, які сторони природного права виділяються як найістотніші при розгляді його форм і джерел, його джерелами вважають: матеріальні умови життя суспільства; природу речей, вічний, незмінний порядок світобудови; природу людини, її культуру, свідомість, колективну волю; зв'язок явищ, тобто об'єктивний зв'язок у природі, який має впорядковуючий характер та існує незалежно від волі. Об'єктивні зв'язки утворюють природний порядок. Крім того, джерелами права називають абсолютну ідею права, конкретне реальне середовище з його умовами, вільну діяльність людини тощо¹. За аналогією з позитивними джерелами, джерела природного права поділяють на матеріальні (фактори, що творять зміст права) та формальні (фактори, що надають цьому змістові безумовно-обов'язкового характеру). Матеріальні джерела, у свою чергу, поділяються на об'єктивні та суб'єктивні фактори. Об'єктивні включають у себе соціальне середовище (географічне розташування країни, її природні багатства, характер народу, його історичні традиції тощо). Суб'єктивні джерела – це все те, що стосується людської свідомості².

Залежно від характеру та значення, для об'єктивного та суб'єктивного природного права всі джерела цього права поділяють на первинні та похідні. До первинних відносять матеріальні умови життя окремих людей та всього людського співтовариства (матеріальне джерело), а також саму життєдіяльність людини в навколишньому матеріальному середовищі як розумної істоти (біологічне джерело)³.

Стосовно форми природного права, то принципи, вимоги, ідеї, що утворюють його зміст, не є формально-організованими. Основною формою їх існування є усна, організаційно невпорядкована, стихійна форма. Реалізація вимог і положень природного права відбувається тільки шляхом закріплення його в позитивному праві. Природне право набуває форми (формально-юридичної, письмової) позитивного права. Форма створеного на базі природно-правових принципів та положень позитивного права стає одночасно і формою природного права⁴.

В умовах тоталітарних та авторитарних режимів, де позитивне право яскраво виявляється, джерелом права є державна воля. Як форми пози-

¹ Михайловский И.В. Очерки философии права. – Томск, 1914. – Т. 1. – С. 235.

² Там само. – С. 238.

³ Див.: Рассказов Л.П., Упоров И.В. Естественные права человека. – СПб., 2001. – С. 16.

⁴ Там само. – С. 91–93.

тивного права виступають нормативно-правові акти, що походять від органів державної влади. В умовах ліберально-демократичних режимів, де позитивне право формується не лише на державній основі, у формально-юридичному аспекті джерелами права є не лише державна воля та відповідні інтереси, а й воля інших соціальних об'єднань, офіційно причетних до правотворчого процесу¹.

Якісна відмінність системи джерел права в демократичних і недемократичних державах виявляється в значно нижчому характері самоорганізації (або її відсутності) в системах джерел права недемократичних режимів. Обмеження свободи в недемократичних суспільствах перешкоджає зворотним зв'язкам і, відповідно, знижує ефективність правового регулювання. Це призводить до відчуження системи джерел права і юридичної практики.

Отже, у вітчизняній та зарубіжній юридичній літературі зберігається традиція розгляду матеріальних, соціальних, природних та інших (реальних) джерел права переважно в теоретичному аспекті, а формально-юридичних джерел – у практичному. Виокремлення джерел права в матеріальному, ідеологічному, пізнавальному розумінні має певну дослідницьку цінність. Однак, незалежно від критеріїв класифікації джерел права, вони виступають у межах однієї правової системи як єдине ціле, що формує дану систему і наповнює її нормативним змістом².

Про джерела права у формально-юридичному значенні йдеться тоді, коли увага концентрується на засобах або способах внутрішньої організації правової матерії, а також на формах її вираження зовні. Це найпоширеніше уявлення про джерела права, з огляду на його визначеність та можливість практичного застосування.

У результаті нашого дослідження визначено критерії, відповідно до яких здійснено об'єднання джерел права у групи, сформульовано загальні підходи до науково об'рунтованої класифікації джерел права, що є складовою теорії джерел права.

Класифікація джерел права здійснена на підставі вимог системного підходу, який орієнтує на вивчення та пізнання всієї сукупності складних та ієрархічних зв'язків між ними. Такий методологічний підхід до класифікації джерел права дає змогу виявити шляхи їх систематизації і побудови цілісної, логічно завершеної системи джерел права, а також дійти

¹ Марченко М.Н. *Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби. Изд-во Проспект, 2005. – С. 75.*

² Там само. – С. 52.

висновку, що юридичне об'рунтування цієї проблеми надає його складовим елементам нормативно-регулюючого характеру, оскільки має безпосередній вплив на практику правотворення.

2.2. Джерела права у формально-юридичному розумінні

Тривалий час проблема дослідження системи джерел права була неактуальною, на відміну від дослідження класифікації нормативно-правових актів. Правовий звичай розглядався лише в історичному аспекті, а прецедент – виключно як джерело буржуазного права.

Практика світового розвитку свідчить, що сучасне суспільство з його складними відносинами може найефективніше управлятися при розвиненості всіх форм права, що утворюють єдину систему¹, а у процесі конкуренції джерел права в межах правової системи відбувається відбір джерел, що забезпечують найефективніше регулювання суспільних відносин на будь-якому етапі суспільного розвитку.

Як зазначалось, формулювання права може здійснюватися різними способами. Серед сучасних дослідників проблем теорії держави і права (і, зокрема, джерел права) не існує єдиного підходу до визначення переліку джерел права у формально-юридичному розумінні. Найпоширенішим є поділ джерел права на нормативно-правові акти, правові прецеденти, правові звичаї, нормативно-правові договори. Рідше джерелами права називають релігійні норми, правову доктрину, принципи права.

В аспекті правового плюралізму держава у своїй законотворчій діяльності не може (та й не повинна) охопити позитивним правом все «живе право», яке діє в суспільстві. Водночас поряд із державною можуть існувати й інші правові системи (наприклад «звичаєве право» та ін.)².

У нормативно-правовому акті норми права формулюються уповноваженими органами держави; у правовому прецеденті вони формулюються як об'рунтування рішення, прийнятого внаслідок розгляду судом чи адміністративним органом конкретної справи, але тільки у межах питання, поставленого перед ним позовом, і відповідно до існуючих законів чи обов'язкових прецедентів; правові приписи у нормативно-правовому до-

¹ Богдановская И.Ю. Прецедентное право. – М., 1993. – С. 21.

² Туманов В.А. Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. – Н. Новгород, 1993. – С. 30–31.

говорі є результатом згоди сторін із питань, що зачіпають їхні інтереси, і закріплюють суб'єктивні права та юридичні обов'язки учасників договору; положення звичаю набувають правового характеру шляхом визнання чи санкціонування державою (а точніше – законодавчим чи судовим органом)¹.

Оскільки предметом нашого вивчення є джерела права в юридичному значенні, необхідно зазначити, що історично першим джерелом права був **правовий звичай**, процес виникнення якого безпосередньо пов'язаний з виникненням соціального регулювання. У первісному суспільстві людина діяла певним чином відповідно до зовнішніх обставин, а періодичне повторення таких дій протягом тривалого часу призвело до виникнення звичаю діяти саме таким чином. З поступовим ускладненням суспільних відносин звичай набуває характеру правила поведінки, якого в обов'язковому порядку дотримуються всі члени певної соціальної групи.

Особливістю звичаєвих норм є те, що вони не встановлюються рішенням органів держави, а виникають унаслідок багаторазового застосування протягом століть, закріплюють людський досвід у свідомості людей і стають звичкою, існуючи у вигляді соціальних норм. Це джерело права з'явилося на ранніх етапах розвитку публічної влади й було спрямоване на регулювання сімейних, шлюбних, господарських, майнових відносин. Про важливу роль звичаїв у формуванні позитивного права країн стародавнього світу свідчить те, що перші закони цих країн – це зібрання звичаєвих правил поведінки (Закони XII таблиць, Закони Ману, Руська правда).

У різні часи проблеми звичаєвого права досліджували М. Гримич, О.С. Добров, О.Я. Єфименко, П.С. Єфименко, О.П. Іванівська, В.А. Камінський, О.Ф. Кістяківський, А.Е. Кристер, О.О. Малиновський, П.П. Чубинський. В Українській (Всеукраїнській) Академії наук протягом 1918–1934 рр. працювала Комісія для вивчення звичаєвого права України².

¹ *Топалевський Р.Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 70.

² *Кристер А.Е.* Три ступені правоутворення; *Камінський В.А.* Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні; *Гримич М.* Дискусійні аспекти трактування терміна «звичаєве право» // *Етнічна історія народів Європи: Зб. наук. праць.* – Вип. 8. – К., 2001; *Добров О.С.* Правоутворення без законодавця (нарис з теорії джерел права). Частина перша: Звичаєве право // *Праці Комісії для вивчення звичаєвого права України.* – Вип. 2. – К., 1928. – С. 208–209; *Іванівська О.П.* Звичаєве право в Україні. Етнотворчий аспект: Навч. посіб. – К., 2002; *Малиновський О.О.* Революційне радянське звичаєве право. – Вип. 3. – К., 1928. – 99 с.

У соціальному значенні звичаєм називають неухильний, стереотипний вияв традиційних, успадкованих від минулого, приписів, яких дотримуються в певному суспільстві чи групі, для членів якої він є звичним, прийнятним. Правознавці термін «звичай» трактують здебільшого як соціальну норму, правило поведінки, яке внаслідок багаторазового тривалого застосування увійшло у звичку людей і таким чином регулює їх поведінку. Тому звичаї – це звичні (або звичасві) норми. У ширшому значенні до звичасвих норм відносять не тільки звичаї, а й традиції, обряди, ритуали. До більшості традицій та обрядів право індиферентне. Водночас воно ґрунтується на звичних формах поведінки, а в певних випадках закріплює їх у своїх нормах¹. Тобто звичаї слід відрізнити від традицій, які виникають на підставі міжгромадських зв'язків; дія традицій не обмежена суворо визначеною територією, вони відзначаються всезагальністю, на відміну від локальності звичаїв². Крім того, правовий звичай, тобто звичай, застосування якого забезпечується санкцією держави, варто відрізнити від звичаю, що становить моральну норму, релігійне правило тощо³.

Відповідно до ст. 7 індуського закону про шлюб 1955 р., поняття «звичай» та «узвичасння» означають правило, яке після безперервного та одноманітного дотримання протягом тривалого періоду часу набуло сили права серед осіб, які сповідують індуїзм у будь-якій місцевості, племені, общині, групі або сім'ї за умови, що таке правило є визначеним та розумним або не суперечить державній політиці⁴.

Поява соціальної нерівності, протилежних інтересів призводить до порушення звичасвих правил поведінки окремими індивідами. Тому досягти обов'язкового виконання звичаїв можна було тільки надавши їм захист з боку держави шляхом санкціонування (визнання). На відміну від звичаїв, реалізація правових звичаїв забезпечується засобами державного примусу. Крім того, унаслідок санкціонування державою звичай набуває загальнообов'язкового характеру щодо його виконання, що означає можливість не тільки їх поширення на всіх суб'єктів, а й гарантування їх виконання з боку держави.

У країнах, що розвиваються, можна виділити два рівня санкціонування звичаю державними органами. На першому рівні національне законо-

¹ *Общая теория права и государства: Учеб.* / Под общ. ред. В.В. Лазарева. – М., 2001. – С. 38.

² *Гранат Н.Л.* Указ. праця. – С. 7.

³ *Марксистско-ленинская общая теория государства и права: В 4 т. – Т. 1. Основные институты и понятия* / Отв. ред. В.М. Чхиквадзе. – М., 1970. – С. 586.

⁴ Цит. за: *Сунатаев М.А.* Правовой обычай как источник права в развивающихся странах // *Источники права.* – М., Наука, 1985. – С. 47.

давство в узагальненій формі приписує, що суди повинні або можуть здійснювати юрисдикцію відповідно до звичаєвого права за певних, передбачених законом умов. У судовому рішенні по конкретній справі звичай деталізується на другому рівні¹.

У сучасній теорії права виділяють дві форми санкціонування звичаю: посилаючись на нього у статті закону (так, у п. 1 ст. 19 Цивільного кодексу Російської Федерації зазначається, що громадянин набуває і здійснює права та обов'язки під своїм іменем, що включає прізвище й особисте ім'я, а також по батькові, якщо інше не впливає із закону або національного звичаю) або його визнання судовою, адміністративною практикою та використання як основи судового рішення. У таких випадках звичай набуває форми правового й забезпечується не тільки заходами суспільного впливу, а й можливістю примусу з боку держави.

Дискусійним є співвідношення понять «звичай» та «звичаєве право» (правовий звичай). Існує дві позиції: їх ототожнення – звичай – це правило поведінки (норма), що закріпилось у свідомості людини і використовується нею протягом тривалого часу; відмінності – звичай як ступінь розвитку будь-якої норми – є виразом її певної усталеності та стабільності, а звичаєве право – це реалізація системи звичаїв з більш високою нормативністю та мірою обов'язковості. Звичай встановлюється стихійно, непомітно, а на розвиток звичаєвого права впливає діяльність органів та установ з управління родовим колективом, держави ввесь – решт. Звичаєве право тісно пов'язане з владою та має підзаконний характер, чітке етнічне, регіональне забарвлення, спрямованість на саморегуляцію відносин в угрупованні².

Правовий звичай має такі риси:

– природну основу виникнення. Створюється певною масою людей, пов'язаних спільністю економічних та правових умов життя, мови та національності, побуту та географічних умов;

– визначеність, тобто наявність конкретних ознак правила поведінки;

– юридична сила як визнання правила певною спільнотою та його санкціонування державою;

– неписаний характер;

– тісний зв'язок з релігійними нормами, обрядами тощо;

¹ *Сунтаєв М.А.* Правовой обычай как источник права в развивающихся странах // *Источники права.* – М.: Наука, 1985. – С. 47.

² *Усенко І.Б.* Правовий звичай як джерело українського права й об'єкт дослідження авторитарних правознавців // *Право в системі соціальних норм: історико-юридичні аспекти.* Матеріали XIII історико-правової конф. (м. Чернівці, 20–22 травня 2005 р.) – Чернівці: Рута, 2005. – С. 41.

- поступовість формування забезпечує врахування змін, що відбуваються в суспільних відносинах;
- входить у звичку людини, що не дає можливості сумніву в його необхідності.

Наприклад, англійські судді надають законної сили місцевому звичаю лише за умови, що він відповідає таким вимогам: існує з давніх-давен; діє безперервно на певній території; застосовується тільки за загальною миролюбною згодою, добровільно, публічно; має обов'язкову до виконання силу; визначений (містить певні правила); узгоджується з іншими звичаями; не суперечить основним принципам загального права¹.

Р. Уолкер формулює такі вимоги до звичаїв: стародавність, безперервність, використання за загальною миролюбною згодою, обов'язкова сила, визначеність, узгодженість (звичаїв один з одним), розумність².

Норми звичаєвого права – це сформовані, конкретизовані вимоги, що регламентують поведінку суб'єктів звичаєвого права в їхніх взаємовідносинах. Ці норми: визначаються загальнообов'язковими, причому ця обов'язковість ґрунтується як на внутрішніх чинниках (загальному переконанні суб'єктів у їх правильності), так і зовнішніх чинниках (зовнішній авторитет); мають загальний характер, який полягає в тому, що ці вимоги діють постійно за всіх однорідних умов, вимагаючи дотримання певних обов'язків, вони передбачають і надання певних прав; визначаються усталеністю з огляду на свій позитивний консерватизм³.

Рене Давід, залежно від ролі у правовій системі, розрізняє три види звичаїв:

1) звичай *secundum legem* (доповнення до закону) – покликані полегшити з'ясування розуміння тих термінів і словосполучень закону або судового рішення, які вживаються в особливому значенні (наприклад зловживання правом);

2) звичай *praeter legem* (крім закону) – застосовуються у випадку існування прогалин у праві;

3) звичай *adversus legem* (всупереч закону) – якщо існує колізія звичаю і закону, то перевага надається звичаю⁴.

¹ Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М., 2002. – С. 48–49.

² Уолкер Р. Английская судебная система – М., 1980. – С. 84–87.

³ Правовий звичай як джерело українського права ІХ–ХІХ ст. / Відп. ред. І.Б. Усенко. – К.: Наук. думка, 2006. – С. 32.

⁴ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 94–95

Н.Л. Гранат поділяє звичаї на прогресивні та реакційні¹.

Історія розвитку правових систем свідчить, що правовий звичай як додаткове формально-юридичне джерело права застосовується у випадках:

- 1) прогалин у позитивному праві за умови «мовчазної згоди» влади;
- 2) відсилання закону до звичаю;
- 3) прийняття на підставі звичаю судового чи адміністративного рішення.

У першому випадку, за відсутності авторитетної вимоги законодавця, вирішення правового питання відбувається відповідно до оцінок закону, а якщо їх немає, ґрунтується на визнаних усіма та випробуваних часом правових переконаннях, заснованих на уявленні про справедливе та розумне². Існування правового звичаю та вирішення на його підставі правових питань є перехідним, тимчасовим явищем до моменту видання нового законодавчого акта.

У другому випадку правовий звичай є джерелом права при посиланні закону на його існування та застосування. У сучасному правовому регулюванні такий спосіб існує. В історії такі випадки також існували. Наприклад, у ст. 85 Земельного кодексу УРСР 1922 року зазначалося: при поділі селянського двору частки землі мають бути визначені відповідно до звичаю, що існує в даній місцевості.

У третьому випадку звичаєві надавалися риси й сила закону, він фактично втрачав свою початкову природу й надалі вже навряд чи може розглядатись як такий. Такі звичаї набагато ближчі до нормативних актів, що виходять від законодавця³. Подібне можна, на наш погляд, стверджувати і стосовно запису звичаю у вигляді судового чи адміністративного рішення.

Сукупність правових звичаїв створює звичаєве право, розвиток і дія якого має різні тенденції в різних країнах світу: витіснення іншими джерелами як регулятора найважливіших суспільних відносин й обмежене використання в окремих сферах суспільного життя або визнання правового звичаю основним джерелом права. В останньому випадку це, як правило, країни, соціально-економічний розвиток яких відбувся еволюційним шляхом, з урахуванням успадкування основних державних і правових інститутів, розвитку науки і культури. У країнах, історичний розвиток яких часто змінювався внаслідок революційних подій, викори-

¹ Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 7.

² Лазарев В.В. Пробелы в праве. – Казань, 1969. – С. 47, 69.

³ Там само.

стання правового звичаю має епізодичний характер, не відіграє істотної ролі в розвитку держави і права.

Нерозривний зв'язок правового змісту і юридичної форми дозволяє сформулювати принаймні чотири значення терміна «звичаєве право»: у неюридичному значенні – як «протоправо», а в юридичних – власне право, сукупність правових звичаїв; локальне (місцеве, альтернативне) право; наднаціональне (міжнародне) право¹.

У сучасному суспільстві звичай стає складовою системи соціального контролю. Він входить до загальної системи соціальних інститутів і є фактором розвитку суспільних відносин. За домінуючого значення соціальних інститутів звичай не є істотним регулятором унаслідок динамізму соціального життя, розвитку промисловості, засобів масової інформації, урбанізації².

Крім того, використання правового звичаю як джерела права має обмежений характер відповідно до консерватизму, субсідарного значення, застосування лише у випадках, коли немає відповідних приписів закону й неможливо впорядкувати всі сфери суспільних відносин. Тобто практичне значення звичаю полягає в тому, щоб полегшити розуміння закону, як доповнення до нього, скласти зміст закону, тобто бути йому джерелом³.

Сьогодні правовий звичай залишається провідним джерелом права у країнах із звичаєвою правовою системою, мусульманського права, одним з основних – у країнах англосаксонської правової сім'ї. Виключну силу звичаєве право має в Англії, де воно під ім'ям *common law* прирівнюється за силою до закону (*statute law*) і вище писаного закону, якщо закон суперечить звичаєвому праву, суперечить неписаній Конституції Англії. Але ця велика сила звичаєвого права в Англії є виключенням. Нині звичаєве право має найбільшу силу в галузі приватного права. Іноді сам закон надає звичаю «всполняющую» силу; коли закон мовчить, замість нього має діяти звичай. Так, у ст. 1 Швейцарського цивільного уложення 1907 року стверджується: до всіх правових запитань застосовується закон, коли вони передбачені його текстом або тлумаченням. Якщо із закону неможливо взяти припис, то суддя має вирішувати на підставі звичаєвого права, а де такого немає, то відповідно правилу,

¹ Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І.Б. Усенко. – К.: Наук. думка, 2006. – С. 34.

² Гоффман А.Б., Левкович В.П. Обычай как форма социальной регуляции // Советская этнография. – М., 1973. – № 1. – С. 21.

³ Гранат Н.Л. Указ. праця. – С. 8.

яке він створив би як законодавець. При цьому він слідує встановленим ученням і традиції¹.

Правовий прецедент (від лат. *praecedens* – той, що попереду) – джерело права, що виражене в об'єктивованому рішенні органу держави, містить юридичне положення або дає тлумачення спірного питання, або ж вирішує в певному розумінні не передбачене в законі питання, якому надається формальна обов'язковість при вирішенні всіх наступних аналогічних справ. При розгляді справи суддя повинен обов'язково врахувати обставини справи, у зв'язку з якими було прийняте попереднє рішення. Дотримання такого рішення має на меті досягнення високого рівня одноманітності судової практики. Офіційно вважається, що суддя не створює право, а вирішує справи згідно з існуючими (в законі або в раніше вирішеній справі) правовими нормами. Водночас, приймаючи рішення, суддя формулює правило, для застосування якого в майбутньому обов'язковим є тлумачення, тому остаточно прецедент є результатом узагальнення судової практики з його застосування.

Структура правового прецеденту містить три елементи: встановлення конкретних обставин справи, правові принципи, які застосовуються при її розгляді й вирішенні, та висновок по справі. Особливістю правового прецеденту як джерела права є те, що не все рішення є обов'язковим, а лише його частина *ratio decidendi*, що в перекладі означає сутність рішення, а на практиці це – сформульоване судом правило. *Ratio decidendi* містить правові принципи, які застосовуються для вирішення правових питань відповідно до конкретних обставин справи. Іншими словами, це аргументація судді щодо вирішення справи.

Судовий прецедент є обов'язковим для судів тієї ж або нижчої інстанції при розв'язанні аналогічних справ, або є таким, що слугує прикладом тлумачення закону і не має обов'язкової сили. Ступінь обов'язковості прецеденту залежить від місця в судовій системі як суду, що вирішує справу, так і суду, чие рішення приймається за зразок.

У США правила прецеденту не діють так жорстко. Верховний суд США та верховні суди штатів можуть змінювати свою практику. Прецедент діє лише в межах судової системи конкретного штату з огляду на їх незалежність².

Серед основних властивостей судового прецеденту виокремлюють такі: динамічність, тобто можливість під час прийняття рішення найпов-

¹ *Магашинер Я.М.* Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. А.К. Кравцов. – СПб.: Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 81.

² *Гранат Н.Л.* Указ. праця. – С. 8.

ніше врахувати особливі й конкретні обставини справи та попередній судовий досвід; гнучкість як можливість судді обирати відповідний прецедент і відхиляти той, що не відповідає істотним обставинам справи; як децентралізований спосіб правового регулювання прецедент здатний враховувати особливості кожної конкретної ситуації; потреба високого рівня професіоналізму суддів, що виявляється в знаходженні відповідного прецеденту; можливість вільного тлумачення справи суддею і її вирішення відповідно до суб'єктивного розуміння ним норм.

Класифікація правових прецедентів відбувається за такими критеріями:

1) залежно від змісту, правові прецеденти поділяють на креативні (ті, що створюють нову норму права у випадку існування прогалини в праві) та інтерпретаційні (ті, що тлумачать зміст існуючих норм права);

2) залежно від того, який орган приймав рішення, правові прецеденти поділяють на судові та адміністративні.

У країнах англосаксонської правової системи прецедент тісно взаємодіє із законодавством, ліквідовуючи його прогалини й визначаючи практику застосування. Останнім часом можна простежити таку тенденцію: кількісне збільшення законів зумовило активніше застосування прецедентів. Водночас прецедент має меншу юридичну силу, ніж закон, оскільки може бути ним скасований. Як правило, правовий прецедент містить у собі норму – правило поведінки, яке регулює суспільні відносини, що не врегульовані ні законодавчими актами, ні іншими правовими актами. Велика кількість прецедентів стосовно таких справ часто призводить до виникнення прецедентів протилежного змісту. Про певні труднощі в пошуках будь-якого прецеденту свідчить видання у 1982 р. у штаті Нью-Йорк Сполучених Штатів Америки 900-томного збірника судових рішень з подальшим щорічним поновленням в обсязі 12–15 томів¹.

Із середини ХХ століття правовий прецедент як джерело права почав застосовуватися у країнах романо-германської правової сім'ї та зміцнювати позиції у країнах пострадянського правового простору.

Зокрема, прецедентне право міжнародних судів є частиною системи права України. Європейський Суд з прав людини є вищим судовим органом, незалежним від правових систем тих країн, які підписали Європейську Конвенцію з прав людини й основних свобод. Рішення цього суду з конкретних справ містять нові правоположення, що визнаються країнами-учасниками як судовий прецедент, що є обов'язковим для кож-

¹ *Загайнова С.К.* Судебний прецедент: проблеми правоприменения. – М., 2002. – С. 53.

ної з них. Оскільки Європейська Конвенція є джерелом права в Україні, остільки її офіційне тлумачення, сформульоване Судом, обов'язкове для вітчизняного правозастосувача. Отже, визнання Європейської Конвенції зумовлює появу правового прецеденту в правовій системі України, тобто має обов'язкову силу для українських судів. Прецеденти міжнародних судів є джерелами права не лише з питань тлумачення норм міжнародних договорів, а як такі можуть у деяких випадках бути корисними і при тлумаченні норм внутрішнього права. Усе це дає нам право розглядати їх як джерела українського права¹. Існують і протилежні позиції. Зокрема, думка А.В. Богатової, що прецеденти Європейського Суду є творінням міжнародного органу, є правовим регулятором і не можуть розглядатися як джерела права певної держави, посідають особливе місце в її правовій системі. Джерело ж права має привязку до правової системи конкретної держави або міжнародної правової системи².

Своєрідна конкурентна боротьба за верховенство в системі джерел права між законом і прецедентом, яка через історичні причини почалася з моменту становлення прецеденту як джерела права спочатку в Англії, а потім поширилась і на інші країни загального права, безперечно, позначилася на процесі розвитку й удосконаленні статутного права та на модифікації (поява нових принципів, відмова від деяких правил «жорсткого» прецеденту тощо) прецедентного права. Але не можна заперечити й того, що вона за низкою параметрів значно заплутала й ускладнила відносини між законом і прецедентом. При цьому не завжди відмінений законом прецедент припиняє свою дію. По суті, у кожній галузі є відмінені парламентськими актами Великої Британії прецеденти, які, проте, й далі застосовуються в судах ще протягом багатьох років. У реальності можна спостерігати, з одного боку, взаємодоповнююче співіснування – як рівнозначні джерела права – закону (статутного права) та прецеденту, а з іншого – необхідне в деяких випадках видалення і використання у процесі правозастосування тільки одного з них³.

І.Ю. Богдановська наголошує на схожості прецеденту із звичаєм, оскільки вони створюються переважно шляхом неодноразового застосування одного й того самого положення в часі. Ця схожість призводить до

¹ *Хорошковська Д.Ю.* Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 13.

² *Богатова А.В.* Прецедент Европейского Суда по правам человека как регулятор общественных отношений в Российской Федерации // *Современные пробл. государства и права.* – Сб. науч. тр. – Н. Новгород, 2005. – Вып. 9. – С. 39.

³ *Марченко М.Н.* Законы в системе англосаксонского права // *Вестн. Моск. ун-та.* – Серия Право. – 1999. – № 5. – С. 77.

того, що іноді прецедентне право розглядають як частину звичаєвого. Д.Г. Грязнов наголошує на взаємопроникненні звичаю та нормативного правового акта¹.

У країнах романо-германської правової сім'ї, де прецеденти не визнаються джерелом права, існуюча практика (засоби, узвичаєння, прийоми) вирішення справ судовими й адміністративними органами державної влади та прийняття відповідних правових актів має характер з'ясування і роз'яснення змісту правових норм. Вищі судові інстанції узагальнюють таку практику, видаючи відповідні збірники (наприклад збірники постанов Пленуму Верховного Суду України). Теоретичний аналіз судової практики здебільшого здійснюється в контексті досліджень судового прецеденту.

Сьогодні постанови пленумів вищих судових органів влади містять норми процесуального характеру, що регламентують порядок застосування чинного законодавства за наявності специфічних обставин, які потребують цього застосування. Акти судових органів влади приймаються на основі узагальнення судової практики та статистики, мають на меті здійснення керівних роз'яснень судам із питань застосування законодавства, які є обов'язковими для судів та інших суб'єктів правозастосування, чий права у випадку їх порушення захищаються судом. Слушною є думка відомого правознавця Г. Кельзена: вільна законотворчість повністю виключається в судочинстві, оскільки, на відміну від законодавця, діяльність правосуддя повністю детермінована й обмежена Конституцією (законами) у напрямі поновлення порушеної законності. Невиконання правових приписів суду призводить до скасування рішень, що не відповідають рішенням вищих судових органів².

Особливе місце в системі правових актів загалом і джерел права зокрема посідають рішення Конституційного Суду. Проблема місця рішень та висновків Конституційного Суду в системі правових актів розглядали у своїх роботах Г.А. Гаджиева, М.В. Вітрук, Є.П. Євграфова, В.Д. Зорькін, Т.Я. Хабриєва.

Дехто з дослідників називає рішення Конституційного Суду джерелом права, яке вище за юридичною силою, ніж акти парламенту та президента, хоча й не визнають такими рішення судів загальної юрисдикції³.

¹ Грязнов Д.Г. Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 11.

² Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. переводов / Пер. С.В. Лезова / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, Н.Н. Разумович. – М.: ИНИОН АН СССР, 1987. – Вып. 1. – С. 27-32.

³ Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации. – М., 1998. – С. 27.

Нормативно-правовий акт – письмовий документ, прийнятий компетентним органом держави або уповноваженим суб'єктом, що встановлює, змінює, припиняє чи конкретизує норми права, містить розпорядження загального характеру й постійної дії, розрахований на багаторазове застосування. У роз'ясненні Президії Вишого Арбітражного суду України від 26 січня 2000 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів» зазначено, що «...нормативно-правовий акт – це прийнятий уповноваженим державним чи іншим органом у межах його компетенції офіційний письмовий документ, який встановлює, змінює чи скасовує норми права, носить загальний чи локальний характер та застосовується неодноразово». Це правовий акт, що приймається органами державної влади у процесі правотворчості. У Конституції України визначено перелік форм нормативно-правових актів для кожного суб'єкта правотворчої діяльності, їх ієрархічне підпорядкування та порядок дії в часі, просторі та щодо кола осіб.

До основних ознак нормативно-правового акта належать такі:

1) відображає державні інтереси та спрямований на регулювання широкого кола найважливіших сфер суспільних відносин;

2) має визначену структуру (може складатись із частини, розділів, статей, параграфів, пунктів, підпунктів) та зміст (назва, дата, місце й суб'єкт прийняття, підпис уповноваженої посадової особи, реєстраційний номер), визначену законом документальну форму закріплення;

3) змістом нормативно-правового акта є правила поведінки загального характеру, дія яких поширюється на невизначене коло суб'єктів;

4) приймається чітко визначеним колом правотворчих органів, у чітко визначеному порядку;

5) є обов'язковим для виконання, забезпечується системою державних гарантій, у тому числі й примусовими засобами;

6) публікується у спеціальних виданнях, діє в часі, просторі та щодо кола осіб;

7) має юридичну силу, що дає можливість визначити принципи підпорядкування та ієрархічної побудови системи нормативно-правових актів.

Юридична сила – основна властивість нормативно-правових актів, що полягає у здатності діяти й породжувати правові наслідки: виникнення, зміну або припинення правовідносин. Має два аспекти: співвідношення нормативно-правових актів між собою та обов'язковість до виконання.

Сукупність нормативно-правових актів утворює систему нормативно-правових актів, яка має вертикальний і горизонтальний виміри. Вер-

пикальний вимір характерний для федеративних держав, де існує загальнофедеративне законодавство й законодавство суб'єктів федерації. Горизонтальний вимір (поділ на інститути й галузі законодавства) характеризує системи нормативно-правових актів усіх країн.

Таким чином, нормативно-правові акти як джерело права мають низку суттєвих специфічних ознак, що якісно відрізняють їх від інших джерел права. Зокрема, видання нормативно-правових актів є безпосереднім імперативним виразом волі державно-владних суб'єктів щодо регулювання найважливіших сфер суспільних відносин, є консервативним за характером і має ускладнений порядок унесення змін та доповнень, а також підлягає тлумаченню у випадках нечіткості змісту, що не дає змоги уникнути його *неправильного роз'яснення*. Він найпоширеніший у країнах романо-германської правової сім'ї і є основним джерелом права в Україні.

З огляду на специфічні властивості, нормативно-правові акти необхідно відрізняти від актів застосування і тлумачення права.

Як зазначалось, за юридичною силою нормативно-правові акти поділяють на закони й підзаконні нормативно-правові акти. Закон – це нормативно-правовий акт, що прийнятий в особливому порядку органом законодавчої влади або на референдумі та володіє вищою юридичною силою і регулює найважливіші суспільні відносини.

Ознаки закону:

- 1) приймається органом законодавчої влади – парламентом, спеціально уповноваженою громадською організацією або народом на референдумі;
- 2) порядок його підготовки й видання визначається Конституцією країни та регламентом парламенту;
- 3) має вищу юридичну силу; відповідно всі підзаконні акти повинні відповідати йому і ні в чому не суперечити;
- 4) регулює найважливіші, ключові суспільні відносини: основи суспільного й державного ладу, права, свободи та обов'язки громадян, форму держави, повноваження органів державної влади тощо.

Саме ці ознаки й виділяють закон у системі інших нормативно-правових актів загалом та джерел права зокрема, надаючи йому якості верховенства. Змінити або скасувати закон має право лише той орган, який його прийняв, причому в чітко встановленому порядку. Згідно зі ст. 85 Конституції України, закони приймає Верховна Рада України.

Недостатність розроблення проблеми класифікації законів негативно позначається на практиці прийняття та дії законів, їх співвідношенні із підзаконними нормативно-правовими актами. Крім розподілу законів на

конституційні та звичайні, федеральні та суб'єктів федерації, закони поділяють на закони прямої дії та інші закони; на закони, що містять первинні правові норми, тобто такі, що призначені регулювати ті суспільні відносини, які ще не були врегульовані правом, які не створюються на підставі юридичних актів *більш високого ступеня* та з *більш високою юридичною силою*¹ і не містять такі; на закони, юридичний зміст яких становлять правові норми, і закони, основним змістом яких є правові принципи, закони-директиви, так звані рамкові закони²; правові закони та неправові. Критерієм останніх називають їх відповідність або невідповідність змісту принципу правової рівності та свободи³, або співвідношення заборон і дозволів⁴. Але часткові класифікації не дають можливості охопити все розмаїття законів і виразити співвідношення одиничного, особливого та загального, яке повинно бути покладено в основу будь-якої класифікації. Класифікація законів має повністю охарактеризувати різні ознаки законів, існуючі між ними зв'язки, за допомогою певних критеріїв, давати змогу знайти форми об'єднання однорідних законів в окремі групи. З огляду на це, важливою характеристикою класифікації законів є її певна нормативна врегульованість, оскільки інакше неможливо відобразити розмаїття законодавчих актів і забезпечити їх реальну збалансованість, сувору упорядкованість законодавчої діяльності. Юридичне опосередкування класифікації законів надає її елементам нормативно-регулятивного характеру, оскільки воно безпосередньо впливає на практику створення різних видів законів і визначення їх ознак та зв'язків між ними⁵.

Нормативна регламентованість законів дається, насамперед, у конституціях і регламентах, спеціальних законах. Ю.О. Тихомиров пропонує побудувати класифікацію законів за такими критеріями: відповідно до кола регульованих суспільних відносин і способу впливу на них – таким чином створюються галузі законодавства; за юридичною силою; за структурою, що дозволяє розрізняти закони за ступенем узагальненості регулювання суспільних відносин і відповідно до структурного засобу організації нормативного матеріалу (звичайні закони, кодекси, зібрання); за порядком видання; за сферою дії. За цільовим призначенням та змістом можуть бути виділені закони: інституційні, присвячені визначенню стату-

¹ Стасов Б. Закон и его толкование. – М., 1986. – С. 59.

² Раянов Ф.М. Проблемы теории государства и права (юриспруденция). – М., 2003. – С. 256-257.

³ Черсеяну В.С. Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. – М., 1982. – С. 291.

⁴ Юридическая энциклопедия / Под общ. ред. Б.Н. Топорнина. – М., 2001. – С. 371.

⁵ Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М.: Наука, 1982. – С. 42.

су державних, суспільних організацій; регламентаційні, які регулюють сферу суспільних відносин або їх комплекс; проблемно-ситуаційні, спрямовані на розв'язання певного завдання у межах певного періоду¹.

На нашу думку, класифікація законів може проводитися за такими критеріями: *за їхньою юридичною систою*:

1) Конституція (Основний Закон) – основоположний установчий політико-правовий акт, що закріплює конституційний лад, права та свободи людини і громадянина, визначає форму правління і державний устрій, правовий статус органів державної влади (наприклад, у ст. 8 Конституції України визначено, що вона має найвищу юридичну силу, закріплює коло суб'єктів нормотворчої діяльності);

2) конституційні закони – вносять зміни й доповнення до Конституції та приймаються з питань, що передбачені й органічно пов'язані з Конституцією (наприклад Закон України «Про громадянство»);

3) звичайні закони – акти поточного законодавства, присвячені регулюванню різних сторін соціально-економічного, політичного та духовного життя суспільства (наприклад Закон України «Про електроенергетику»);

за суб'єктами законотворчості: закони, що приймаються: представницькими державними органами влади; іншими органами влади, які здійснюють правотворчість на основі делегування їм правотворчих повноважень від представницьких органів; уповноваженими громадськими організаціями (муніципальними органами, профспілками тощо); спільні (державних органів та інших соціальних структур); народом (на референдумі);

за предметом правового регулювання: конституційні (наприклад Закон України «Про вибори народних депутатів»), адміністративні (наприклад Кодекс України про адміністративні правопорушення), цивільні (наприклад Цивільний кодекс України), кримінальні (Кримінальний кодекс України), екологічні (наприклад Закон України «Про охорону атмосферного повітря») тощо;

за терміном дії: постійні (наприклад Конституція України) і тимчасові (наприклад Тимчасовий регламент Верховної Ради України), надзвичайні – їх дія обмежена в часі й залежить від існування відповідних зазначених у цьому законі надзвичайних обставин;

за структурою: прості (наприклад Закон України «Про освіту»), складні або кодифіковані (наприклад Житловий кодекс України, Основи законодавства України про культуру).

¹ Там само. – С. 44-47.

Головні критерії кодифікаційних актів: висока юридична цілісність та внутрішня узгодженість; стабільність і стійкість норм, що в ньому містяться; широке коло регульованих ними відносин¹. Найменування «кодекс» застосовується для регламентації галузі права, комплексного законодавчого регулювання суспільних відносин в окремій сфері. Закон має регулювати всі основні суспільні відносини, що потребують стабільної регламентації у відповідній сфері, а кодекси регулюють суспільні відносини, що становлять предмет цілої галузі правової системи або важливої її частини.

за сферою дії: загальнодержавні (наприклад Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища»), окремих адміністративно-територіальних одиниць (наприклад постанови або рішення Верховної Ради Автономної Республіки Крим).

Незважаючи на те, що в нормативно-правовому регулюванні суспільних відносин головне й визначальне місце посідає закон, підзаконні акти теж мають дуже важливе значення в житті будь-якого суспільства, відіграючи допоміжну й деталізуючу роль. Наприклад, відповідно до Конституції України повноваження з прийняття підзаконних нормативно-правових актів закріплені за Президентом України (ст. 106), Кабінетом Міністрів України, міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади (ст. 127). В обмеженому обсязі та у випадках, передбачених Конституцією і законами України, право підзаконної правотворчості мають Верховна Рада України та Рада міністрів Автономної Республіки Крим (ст. 135), голови місцевих державних адміністрацій (ст. 118), органи місцевого самоврядування (ст. 143, 144).

Виділяють такі види підзаконних актів, розташовані за ієрархією:

1) укази Президента – глави держави – результат правотворчої діяльності Президента підзаконного характеру. Обов'язкові для виконання на всій території держави, приймаються в межах президентських повноважень, передбачених Конституцією та конституційними законами і водночас не повинні суперечити Конституції та законам. Акти Президента скріплюються підписами Прем'єр-міністра й міністра, відповідального за акт та його виконання, і лише тоді набувають юридичної сили. Це принцип контраcигнування, відповідно до якого Прем'єр-міністр чи міністр беруть на себе юридичну відповідальність за виконання даного акта. Президент, як глава держави, видає акти, які посідають наступне після законів місце. Важлива роль приділяється указам: багато в чому за-

¹ Сидяченко Н.В. Кодификационные акты и их типы // Советское государство и право. – 1980. – № 10. – С. 122–126.

вдяки їм глава держави реалізує повноваження та елементи свого правового статусу. До запровадження судової реформи сфера правового регулювання, охоплена указами, була дуже широкою. Як правило, вони видаються, якщо існують прогалини у праві;

2) постанови Уряду – акти, що мають особливо важливе значення, можуть бути прийняті тільки на підставі й на виконання законів, а також указів Президента. Змістом постанов Уряду є норми права, що встановлюють основи управлінської діяльності в галузі фінансів, освіти, культури, охорони здоров'я тощо, як основні напрями його діяльності. Акти Уряду підписує Голова Уряду. Наприклад, постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил роздрібної торгівлі нафтопродуктами» або «Про підвищення заробітної плати працівників культури та архівів»;

3) накази, інструкції, положення тощо міністерств, відомств, державних комітетів – підзаконні нормативно-правові акти відомчого характеру, зміст яких не повинен суперечити законам та нормативно-правовим актам Президента й Уряду.

Накази – розпорядчі документи оперативного характеру, якими, як правило, затверджуються або скасовуються інші підзаконні нормативно-правові акти, або продовжується строк їх дії.

Інструкції встановлюють порядок застосування чинного законодавства або порядок здійснення будь-якої діяльності.

Положення, статuti затверджують правове становище, структуру, функції і компетенцію певної державної організації.

Ці акти приймаються на підставі й відповідно до законів, указів і розпоряджень Президента, постанов і розпоряджень Уряду, регулюють суспільні відносини, що перебувають, як правило, у межах компетенції даної виконавчої структури. Однак є серед них і такі, що мають загальне значення, виходять за рамки конкретного міністерства й відомства, поширюються на широке коло суб'єктів (наприклад акти Міністерства фінансів України, Державної податкової адміністрації та ін.);

4) рішення і постанови органів місцевого самоврядування – приймаються в межах компетенції і діють на території відповідних міст, районів, сіл, селищ, мікрорайонів тощо. Як правило, ці акти регулюють відносини у сфері громадського порядку, охорони здоров'я, торгівлі в межах відповідної адміністративно-територіальної одиниці;

5) локальні нормативно-правові акти – розпорядження керівників державних і громадських організацій (у вигляді наказів та інструкцій), що прийняті у межах їх повноважень і регулюють їх службу і трудову діяльність.

Таким чином, усі закони й підзаконні нормативно-правові акти становлять зміст поняття «нормативно-правовий акт».

Виникнення системи джерел права у формально-юридичному розумінні стає можливим унаслідок становлення і розвитку юридичної науки.

Правова доктрина – це документ, що містить концептуально оформлені правові ідеї, принципи, розроблені вченими з метою удосконалення законодавства та усвідомлені суспільством і визнані державою як обов'язкові. Правова доктрина не в усіх країнах є джерелом права, хоча істотна наукових праць юристів для формування моделі правового регулювання визнається законодавцями багатьох країн¹.

У період становлення системи джерел права це виникало сумніву у віднесенні доктрини (наприклад, у вигляді праць учених-юристів) до джерел права. Найяскравішим є період розквіту римського права, коли праці п'яти найвидатніших юристів (Папініана, Павла, Гая, Ульпіана та Модестіна) визнавали джерелом права, на них посилювалися судді при вирішенні конкретних справ. Еволюція національних систем права та розвитку права загалом зумовила певне зниження ролі правової доктрини в системі джерел права. Сьогодні правові доктрини знаходять втілення в рішеннях конституційних судів, мають значення на етапі розроблення законопроектів та їх прийняття. Законодавча практика України має приклад конкуренції правових доктрин при розробленні та прийнятті Цивільного й Господарського кодексів, коли їх прийняття супроводжувалось гострою дискусією представників правових шкіл Києва, Львова та Донецька. Як правило, змістом правової доктрини охоплюються проблеми державотворення і правотворення, формулюються відповідні правові концепції, ідеї, поняття і категорії. Особливого значення правова доктрина як джерело права набуває у країнах, де, з огляду на різні обставини, існують істотні прогалини у праві, оскільки саме правові ідеї є фундаментом права, його основою і мають велике значення для процесу тлумачення права, прийняття нормативно-правових актів. До правової доктрини як джерела права вдаються суб'єкти правової діяльності у процесі вирішення конкретних питань, вживаючи, наприклад, формулу «відповідно до усталеної в науковій літературі думки».

Використання доктрини як основи судового рішення передбачає відсутність при розгляді справи необхідної норми закону, судового прецеденту чи звичаю. Тому роль доктрини важливіша на тих стадіях розвитку права, коли державна нормотворчість ще не набула достатнього

¹ Скажуєт О.Ф. Теорія держави і права: Підруч. – Х.: Консум, 2001. – С. 310.

розвитку. Сьогодні співвідношення законодавчих і доктринальних джерел права, порівняно із старим правом, є іншим¹.

На думку Рене Давіда, доктрина в наші дні, так само, як і в минулому, становить дуже важливе і життєдайне джерело права. Ця роль виявляється у тому, що саме доктрина створює словник і правові поняття, якими користується законодавець². Саме в системі юридичних джерел права фіксується специфічна юридична [під] мова, характерна для конкретної правової системи. Саме мова системи джерел права визначає подальший розвиток доктрини права, правової свідомості.

Саме доктрина виробляє дефініції, впливає на методологію і практику правоутворення, тлумачення права та правозастосування; містить закономірності, за допомогою яких законодавець знаходить право, закріплюючи його в певних джерелах, і тлумачить нормативно-правові акти. У цих процесах доктрина справляє вплив, насамперед, на самого законодавця, на його свідомість і волю. Сприймаючи положення, що містяться у доктрині у вигляді тенденцій та закономірностей, законодавець приймає відповідні рішення.

Тільки використання науки дозволяє спрямувати юридичну діяльність на прогресивний розвиток права й держави, тобто на істинну необхідність.

Коли доктрина впливає на законодавця, вона виступає як непряме джерело права. Коли законодавець фіксує в нормах права досягнення науки, можна стверджувати про прямий вплив доктрини на прийняття закону³. Існують випадки, коли правова доктрина виступає як безпосереднє джерело права. У країнах загального права судді іноді обґрунтовують своє рішення посиланнями на праці англійських учених⁴.

Правова реформа в Україні, що триває вже декілька років, має на меті оновлення всіх сфер суспільних відносин, у тому числі й питань праворозуміння, правосвідомості, юридичної практики та системи джерел права. Прийняття нової Конституції та закріплення принципу верховенства права, відповідне оновлення всього законодавства, ратифікація Європейської конвенції з прав людини стали підґрунтям до змін у ставленні до правової доктрини як джерела права, її визнання одним із факторів правотворчості.

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. – С. 104, 107.

² Там само. – С. 143.

³ Гранат Н.Л. Указ. праця. – С. 12.

⁴ Топалевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 150.

Найактуальнішим джерелом права правова доктрина є для країни мусульманського права. Мусульманські вчені-юристи, найвідомішими серед яких були: Абу Ханіф, Мухаммед ібн Ідріс Шафії, Ахмед ібн Ханбаль, ґрунтуючись на Корані та Сунні – основних джерелах мусульманського права, виробили правову доктрину (фікх), що знайшло схвалення ісламської спільноти та зовнішнє відображення в іджмі. Тепер іджма – єдина догматична основа мусульманського права. Коран і Сунна – це тільки його історичні основи. Це джерело мусульманського права має винятково важливе практичне значення. Лише записані в іджму норми права, незалежно від їх походження, підлягають застосуванню¹. У мусульманському праві свідчення стародавніх юристів, знавців ісламу є офіційно визнаним джерелом права.

Мусульманське право взагалі засноване на принципі авторитету, у зв'язку з чим висновки стародавніх юристів, знавців ісламу мають офіційне юридичне значення. Обширні зводи правил загальнообов'язкової кодекси, узятих із праць відомих юристів, відомі індуському праву².

Сьогодні значення правової доктрини як джерела мусульманського права знижується, але зростає його роль як правотворчого чинника. Зокрема, у конституціях багатьох мусульманських країн (Єгипет, Кувейт, Афганістан) закріплено, що мусульманське право та його принципи є основним джерелом законодавства³.

Принципи права є джерелами права у багатьох правових системах. Зміст, ознаки та класифікацію принципів права досліджували С.С. Алексєєв, А.І. Денісов, А.П. Колодій, П.М. Рабінович, Т.І. Фулей, Л.С. Явич та ін.

Водночас сьогодні відсутня єдина концепція принципів права як джерела права.

В.К. Бабаєв, А.М. Колодій визначають принципи права як основні ідеї, засади, що відображають сутність права й походять з ідей справедливості та свободи, відрізняються універсальністю і загальною значимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови та зміцнення певного суспільного ладу⁴. У принципах права полягає його демократична та гуманістична традиція, його історична спадковість.

¹ Давид Р. Жоффре-Спінози К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 313.

² *Общая теория права: Учеб. для юрид. вузов / Под общ. ред. А.С. Николкина.* – М.: Изд-во Моск. гос. техн. ун-та им. П.Э. Баумана, 1996. – С. 168.

³ Сюкияйнен Л. Р. Доктрина как источник мусульманского права // *Источники права* – М.: Наука, 1985. – С. 75.

⁴ *Общая теория права: Курс лекций.* – Н. Новгород, 1993. – С. 128; *Колодій А.М. Принципи права України.* – К.: Юриком Інтер, 1999. – С. 138.

Принципи права, на думку Р.З. Лівшиця, – це, перш за все, ідеї, а також норми та відносини. У принципах права синтезуються світовий досвід розвитку права, досвід цивілізації. Принципи відіграють роль орієнтирів у формуванні права. Еволюція права веде від ідеї до норм, потім через реалізацію норм – до суспільної практики. Тому, починаючи з ідеї (а ідея часто формулюється у вигляді правового принципу), принцип визначає, спрямовує розвиток права. Водночас правовий принцип не обмежується стадією правової ідеї. У період виникнення, формування правовий принцип збігається із правовою ідеєю. Згодом принцип перетворюється в інші форми правової матерії – норми та правові відносини. Одні принципи прямо закріплюються в нормах. Після цього вони стають принципами-нормами. Принципи-норми обумовлюються предметом регулювання, закріплюють основні положення правового регулювання (принцип розподілу влади). Принципи-норми можуть охоплювати всю систему законодавства, коли вони закріплені в Конституції; вони можуть поширювати свій вплив у межах будь-якої галузі (галузеві принципи, що закріплюються в кодексах). Інші принципи не отримують прямого закріплення в нормі. Вони виявляються у декількох нормах. Це принципи, що виводяться із норм. Такі принципи обумовлюються методом регулювання. Цей метод діє через окремі правові рішення. Якщо їх підсумувати, то в них виявиться спільна основа – тобто принцип, що виходить із норм. Такі принципи мають або загальноправовий, або галузевий характер й особливо цінні при застосуванні права шляхом аналогії закону¹.

Принципи права поділяють за декількома критеріями: щодо їх значення для права; залежно від безпосереднього чи опосередкованого закріплення; залежно від сфери суспільних відносин, на які вони поширюються, та різного характеру суспільних закономірностей, що вони відображають.

Можна виокремити три групи міжгалузевих принципів права: ті, що характеризують ставлення до права й закону; ставлення до людини як вищої соціальної цінності; встановлення істини при вирішенні спорів². Залежно від характеру регульованих відносин, виділяють: соціально-економічні, ідеологічні, етичні, релігійні та соціально-юридичні (принципи загальнообов'язковості норм права, несуперечливості норм права, поділу правової системи на публічну та приватну, справедливості, законності, відповідності між об'єктивним і суб'єктивним правом тощо)³.

¹ Лівшиця Р.З. Теория права: Учеб. - М.: БЕК, 2001. – С. 200.

² Там само. – С. 196.

³ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Зерцало, ТЕИС, 1996. – С. 295–299.

А.М. Колодій розрізняє загальносоціальні та юридичні принципи права. Загальносоціальні принципи посідають перше місце, до них входять принципи суспільного й державного устрою, принципи соціального управління, що визначають найважливіші відправні положення у сфері формування і функціонування правової системи. Друге місце посідають власне принципи права, які пов'язують зміст права з його основами – тими закономірностями суспільного життя, на яких побудована певна правова система. Вони спрямовують функціонування права, правову діяльність, визначають напрями юридичної практики, допомагають зрозуміти необхідність відміни застарілих, удосконалення і прийняття нових норм права.

До основних юридичних принципів права дослідник відносить принципи: верховенства права, яке, у цьому розумінні, повинно визначатись як визнання того факту, що право може існувати й поза інституціональною формою (нормативно-правовими актами) – у вигляді рівного та справедливого масштабу свободи, який відображається саме у принципах правосвідомості, які загальнозрозумілі й використовуються для саморегулювання суспільних відносин; верховенства закону; точного й неухильного дотримання Конституції, міжнародних договорів, законів і підзаконних нормативно-правових актів; справедливості, гуманності й демократичності законодавства та правосуддя та ін.¹

Т.І. Фулей розмежовує принципи позитивного права як його нормативні засади, що визначають сутність і спрямованість правового регулювання, від більш широкого за обсягом поняття правових принципів (принципів правосвідомості, правової доктрини) – основних, визначальних ідей правової системи. Пропонується така класифікація принципів права: 1) загальнолюдські (загальноцивілізаційні) принципи права, що є придатними до застосування у будь-якій системі права; 2) загальні принципи права (для кількох систем права) – однойменні принципи в основних національних правових системах світу, яким притаманні певні особливості й можливості застосування як у внутрішньому, так і в міжнародному правопорядках. Серед них можна виділити: а) загальні принципи права для кількох національних систем; б) загальні принципи права для національних систем та міждержавних утворень (наприклад, Європейського Союзу); 3) принципи системи права, серед яких: а) принципи міжнародного права; б) принципи внутрішньодержавного права (загальноправові)².

¹ Колодій А.М. Принципи права України. – К.: Юрком Інтер, 1998. – С. 130-138.

² Фулей Т.І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 10-12.

Р. Давид та К. Жоффре-Спинозі виділяють загальні принципи права (як джерела права), що можуть бути знайдені як у законі, так і поза законом. У них зосереджується розуміння справедливості, характерне для певної епохи¹. На думку Л.В. Петрової, право має надюрідичну сутність, це означає, що принципи права існують і поза межами системи джерел права, як начала, що виражають найважливіші закономірності та є основою правової системи, становлять її головний зміст, мають вищу імперативність і загальну значимість, пронизують її внутрішню структуру й визначальним чином впливають на механізм зв'язку і взаємодії з іншими соціальними системами. Природне право є джерелом до- і над-позитивних правових принципів (право на свободу, власність, безпеку, право на опір гнобленню тощо), які можуть бути втілені в багатьох сотнях норм позитивного права, і правність таких норм ґрунтується саме на їх узгодженні з природним правом та його принципами. Якщо ґрунтуватися на висновку, що право виражає надпозитивну справедливість, її основний (свобода) і опосередковані (права людини) принципи, а конституційно свобода та права людини визнані нормами прямої дії і мають найвищу юридичну силу, то у разі суперечності між (загальним) принципом і (спеціальним) законом їхня вага вимірюватиметься на основі пріоритету принципу верховенства права перед законом².

На думку В.М. Хропанюка, загальні принципи права – це основні застави, які визначають найсуттєвіші риси права загалом, його зміст й особливості як регулятора всієї сукупності суспільних відносин. До загальних принципів права він відносить: принцип соціальної свободи, принцип соціальної справедливості, демократизму, гуманізму, рівноправності, єдності юридичних прав й обов'язків, відповідальності за вину, законності³. В.І. Зажицький розрізняє наукові ідеї, що формулюються вченими та пропонуються ними на роль правових принципів, і власне правові принципи, вже закріплені в законодавстві⁴.

Вивчення міжнародного досвіду свідчить, що загальним принципам права приділяється значна увага у Франції, де вони знайшли своє законодавче закріплення в Декларації прав людини і громадянина 1789 року

¹ Давид Р., Жоффре-Спинозі К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 108.

² Петрова Л.В. Джерела права (Критичний методологічний досвід) // Вісн. Акад. правових наук України. – 1997. – № 1 (8). – С. 73.

³ Хропанюк В.М. Теория государства и права / Под ред. В.Г. Стрекозова. – М.: ДТД, 1995. – С. 215-218.

⁴ Зажицький В.И. Правовые принципы в законодательстве Российской Федерации // Гос. и право. – 1996. – № 11. – С. 93.

та інших конституційних актах. Ідеться про принцип національного суверенітету, вираження у законі загальної волі, свободи дій, встановлення в законі лише тих покарань, які необхідні тощо. Конституція Іспанії закріплює і гарантує дотримання таких принципів, як принцип законності, ієрархії нормативних актів, відсутності зворотної сили у нормах, що містять санкції, які не сприяють здійсненню особистих прав або обмежують права інших. Низка загальних правових принципів Іспанії визнається як одне з можливих джерел права¹. Свого розвитку ці принципи права («генеральні») набувають в інших принципах права: демократизму, законності, національної рівноправності, гуманізму, рівності громадян перед законом, взаємної відповідальності особи та держави².

Федеральний Верховний суд і Федеральний Конституційний суд Німеччини в низці своїх рішень проголосили, що конституційне право не обмежене текстом Конституції, а включає в себе також деякі загальні принципи, які законодавець не конкретизував у позитивній нормі, що існує надпозитивне право, яке пов'язує навіть установчу владу законодавця³.

Загальні принципи права закріплені не тільки в Конституції або конституційних актах. У положеннях Угоди про Європейський Союз також вгадуються найважливіші принципи, спільні у правових системах держав-членів.

У правових доктринах країн Західної Європи визнаються загальні принципи права, що визначають юридичну силу норм європейського права, їх співвідношення з національним правом держав-членів: принцип належності правового порядку Європейського Союзу й одноманітного застосування права Європейського Союзу; принцип субсидіарності; принцип верховенства права Європейського Союзу; принцип прямої дії. Крім цього, виділяють принципи права, що визначають зміст і порядок прийняття всіх правових актів, що застосовуються в країнах Європейського Союзу тощо⁴.

Особливе місце в системі загальних принципів права посідають принципи міжнародного права, що сформувався у процесі здійснення міжнародних відносин. Наприклад, у Статуті Міжнародного суду ООН закріплена можливість застосування, разом з іншими джерелами, загаль-

¹ Конституции государств Европейского Союза. – М., 1999. – С. 665, 685–686; *Испания*. Конституция и законодательные акты. – М., 1982. – С. 32.

² *Испания*. Конституция и законодательные акты. – М., 1982. – С. 32.

³ Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. – К.: Укр. центр правничих студій, 2001. – С. 34.

⁴ *Савдовская О.И.* Правовая система Италии: общетеоретическая характеристика основных элементов: Дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2001. – С. 172.

них принципів, які визнаються цивілізованими суспільствами¹. Конституції окремих країн серед джерел права називають міжнародні принципи права (наприклад ст. 15 Конституції Російської Федерації). До них відносять принципи дотримання прав людини, національного суверенітету, принцип виразу в законі загальної волі; принцип визнання забороненими тих дій, які шкідливі для суспільства; принцип свободи дій, що полягає у наданні «можливості робити все, що не виходить іншим» тощо².

Загальні принципи права в системі джерел права відображаються у загальних принципах правової системи. Таким чином, вони існують одночасно в декількох підсистемах правової системи: у правосвідомості – більш абстрактні (що, як стверджується, не є джерелами права), а в системі джерел права – більш конкретизовані (які, за відсутності з певного питання джерел права, виступають засобом для усунення прогалин у континентальному праві та є підставою для прецедентного права).

Сьогодні у країнах мусульманського Сходу шаріат або його принципи вважаються основним джерелом законодавства. Водночас у різних країнах це тлумачиться неоднаково – від закріплення пріоритету норм шаріату перед нормами законодавства до визнання лише бажаності включення їх у систему позитивного права.

У країнах романо-германського права принципи права вважаються джерелом права за умови праворозуміння, що ґрунтується на дуалізмі позитивного та над-або допозитивного права, визнання прогалин позитивного права й вирішення справ при прогалинах на підставі аналогії права. Наприклад, правова доктрина Франції розглядає принципи права як вище право, на зразок природного. На їх підставі можливе доповнення та реформування законодавства.

Наголошуючи на важливій ролі принципів права у правотворчості та правозастосуванні, радянська правова доктрина водночас не визнавала за ними статусу джерела права у формальному розумінні. Це аргументувалось тим, що принципи права не мають власної форми вираження, а існують у формі того акта, складовою якого вони є. Вузьконормативне розуміння права заперечувало саму можливість існування надпозитивних принципів права, які були б критерієм легітимності законодавства й могли б застосовуватися судом у разі прогалин у законодавстві. В умовах ототожнення права й закону загальні основи (тобто принципи права) та

¹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.people.polynet.lviv.ua/inter-law/lawstc/lc_1_1.html

² Конституції государств Европейского Союза. – М., 1999. – С. 665, 685–686.

сєнс законодавства слїд виводити тїльки їз самого законодавства, а не з абстрактної їдеї¹.

На думку Т.В. Гурової, сучасне правознавство має реальну можливість об'рунтувати необхідність включення в російську правову систему принципів права як самостійного джерела позитивного права. Саме принципи права найбільш сприйнятні для правосвідомості з огляду на її специфічні особливості, що тяжїють до змістових, а не формальних аспектів права. Саме принципи права, що розглядаються як стрижень правового регулювання, можуть відіграти роль «мосту», що з'єднує в епоху реформ дух права з його буквою². Закон має бути підкріплений духом права, який знаходить своє відображення саме у принципах права. В основі закону або їншої постанови державної влади повинні бути принципи права, які є втіленням свободи, справедливості й гуманїзму.

Англїйському праву через його специфіку невідоме поняття загальних принципів права. За наявності прогалини в законодавстві справи вирішувались на підставі розуму. Згодом англїйські суди виробили поняття природної справедливості, яке стало застосовуватися замість цього принципу. У англїйському праві справедливість як правова категорія має подвійне значення. У судах канцлера справедливість слугує засобом корегування рішень судів загального права при їх оскарженні, а принципи природної справедливості – підставою для вирішення справи за наявності прогалини³.

Отже, звернення до вивчення принципів права означає звернення як до вивчення змісту права, так і його формального вияву.

Усупереч традиційному підходу до закону як основного, а їноді – ї єдиного джерела права у країнах романо-германської правової системи, сучасна юридична наука на підставі їснуючої практики поступово досліджує і об'рунтовує договір нормативно-правового змісту як джерело права, яке в розвиненому громадянському суспільстві стає однією з головних юридичних форм їснування правових норм. З'явившись у Стародавньому Римі в період республіки, договір нормативно-правового змісту був використаний юристами Західної Європи в середні віки. У Новий час, конституції мали характер договору між королем та станами. В Англїї не лише Велика хартія вольностей 1215 року, а й консти-

¹ Манов Г.Н. Теория государства и права. – М.: БЕК, 1996. – С. 172.

² Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 83.

³ Проблемы общей теории права и государства: Учеб. для вузов / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 279.

туційні акти XVII століття, наприклад Біль про права 1689 року, мають характер угод короля з найважливішими елементами суспільства, хоча формально походять від єдиної верховної влади – парламенту, який, по суті, уособлює короля й обидві палати. Таким чином, в основі новітнього конституційного права Англії лежать угоди головних влад, що перетворилось згодом на звичасву практику. Тобто особливості політичної історії Англії позначилися на її юридичних формах; компромісному характеру політичної боротьби відповідає компромісний дух її конституційного законодавства. Договір передусе закону¹.

Крім того, основним положенням доктрини природного права, що панувала в ті часи, було визнання договору джерелом права. Зважаючи на історичні обставини, повернення до цієї доктрини відбулося тільки у XX столітті, коли в умовах формування громадянського суспільства договір стає однією з головних юридичних форм існування правових норм.

Нормативно-правовий договір – це двостороння чи багатостороння угода між суб'єктами, що містить норми права. Для нього характерні такі риси:

1. Суб'єктом договору завжди є суб'єкт публічно-правових відносин, і насамперед той, що має владні повноваження. Держава, її органи, посадові особи, міжнародні організації – ось найтипівіші формально-рівні суб'єкти нормативних договорів. Від місця суб'єкта в механізмі держави залежить юридична сила договору – чим вище місце, тим більша сила.

2. Формалізація та об'єктивізація – забезпечуються зовнішнім проявом у формі нормативно-правового договору (міжнародного, конституційного, федеративного, колективного).

3. Змістом нормативно-правового договору є норми права (правила поведінки – права та обов'язки сторін), що виникають у результаті згоди сторін і регулюють питання владування, управління та саморегулювання, але не всі, а лише ті, що допускають договірну форму регулювання. За характером це – норми-цілі, норми-наміри, норми-координатори, норми-узгодження, норми-стримування тощо, мають значення не лише для суб'єктів договору, а й для інших суб'єктів.

4. Своєрідність зобов'язань сторін нормативно-правового договору і засобів їх забезпечення полягає в тому, що межі договору як засобу нормативно-правової саморегуляції сторін жорстко передбачені їх статусом, що не зменшує обсяг їх інтересів та добровільності у визначенні предмета договору. Зміст договору не може суперечити Конституції, інакше

¹ *Макашвіер Я.М.* Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. А.К. Крашнев. – СПб.: Изд. Р. Аслаянова «Юрилический центр Пресс», 2006. – С. 98.

укладання таких договорів може бути лише після внесення відповідних змін до Конституції та законів.

5. Тривалий термін дії.

6. Набуття чинності відбувається лише після проведення відповідної процедури: ратифікації парламентом (для міжнародних договорів), підписання керівником парламенту та президентом (для конституційних договорів) тощо.

7. Забезпечення виконання договірних зобов'язань державою та її органами включає багато різних засобів, у тому числі організаційних, правових, економічних тощо. Норми, що містяться у таких договорах, є загальнообов'язковими для виконання, що забезпечується гарантіями держави шляхом застосування різних форм і методів, у тому числі й державного примусу.

8. Нормативно-правовий договір може бути підставою для виникнення інших правових актів, у тому числі джерел права з метою реалізації норм, що в ньому містяться.

Нормативно-правовий договір має, на думку Ю.О. Тихомирова, підпорядковане значення щодо закону, оскільки: закон визнає договір як нормативно-значимий спосіб регулювання суспільних відносин у різних сферах державного та громадського життя; визначає «договірне поле», тобто типологію запитань, для регулювання яких використовується договір; встановлює конкретну форму, вид договору для певних відносин; допускає договірне регулювання за межами власне законодавчого та підзаконного регулювання; вводить процедури укладання договорів та визнання їх юридично повноцінними, а також виконання договірних зобов'язань; вводить судовий захист прав та інтересів партнерів за договорами в суді – конституційному, загальному, арбітражному, третейському; контролює розвиток договірних відносин¹. Однак ці аргументи не є переконуваними, оскільки між нормативно-правовим договором та законом можуть існувати й інші відносини: підпорядкування – нормативно-правовий договір може передбачати прийняття нових нормативно-правових актів, зміну їх змісту або скасування.

Складність дослідження юридичної природи нормативно-правових договорів як джерел права обумовлена їх багатоманітністю. За різними критеріями їх можна класифікувати: 1) за сферами правового регулювання суспільних відносин – на конституційні, міжнародні, колективні,

¹ Конституція, закон, подзаконний акт / Под. ред. Ю.А. Тихомирова. – М., 1994. – С. 127.

господарські; 2) за змістом – на договори компетенції та договори про взаємодію; 3) за суб'єктами – на міждержавні, міжурядові та міжвідомчі.

Незважаючи на виключні властивості, нормативно-правовий договір не може бути застосований у всіх сферах суспільних відносин, а також у процесі регулювання відносин між фізичними особами.

Однією зі сфер духовного життя суспільства є релігія як система відносин між людьми з приводу вірування або між людьми та предметами віри. Складовим елементом цієї системи відносин є **релігійні норми** – правила поведінки загальнообов'язкового характеру, що встановлені або затверджені церквою з метою регламентації певних сфер суспільних відносин у межах власної компетенції. Зміст релігійних норм обумовлюється релігійними потребами віруючих. У християнських країнах джерелами релігійного (канонічного) права були постанови вселенських соборів, папські булли та енцикліки, Біблія тощо; у мусульманських – Коран і Суна.

Релігійні норми були основним джерелом права в період Нового часу, отримавши концептуальне дослідження та глибокий аналіз. Показовими в цьому аспекті є релігійний трактат Граціана «Узгодження неузгоджених канонів» та праці Фоми Аквінського. Ґрунтовність зазначених праць справила вплив на становлення системи джерел позитивного права.

Неоднозначність змісту релігійних норм дозволяє їх класифікувати:

1) за значенням у системі віровчення:

– догматичні – є первинними нормами, визначають філософську спрямованість релігії, її постулати;

– канонічні – прийняті на засіданнях релігійних органів (синодів, соборів тощо) або одноосібно представниками органів релігійної влади (папою, єпископами тощо), регулюють внутрішньоцерковне життя;

– побутові – визначають зміст правил, які використовуються віруючими в побуті;

2) за змістом і характером реалізації:

– доктринальні – визначають принципи положення віровчення;

– культові – регулюють порядок (процес) і зміст проведення релігійних обрядів і служб.

3) за сферою розповсюдження дії:

– внутрішньоцерковні – регулюють відносини, що виникають у церковному середовищі;

– світські – регулюють відносини, що виникають між церквою, її діячами, віруючими особами та суспільними організаціями, у тому числі й державою.

Основними ознаками релігійних норм є такі:

1) *нормативність* – розповсюдження дії на невизначене й неперсоніфіковане коло суб'єктів;

2) *формальна визначеність* – зовнішнє закріплення у відповідних джерелах (Біблія, Коран, Суна, Кабала, постанови вселенських, помісних соборів тощо); як правило, релігійні (канонічні) норми мають систематизований характер й існували чи існують у вигляді збірників: Біблія, Коран, Суна, звід канонічного права, кодекс канонічного права тощо.

3) *офіційний характер* – його мають релігійні норми, прийняті органами церковної влади (постанови вселенських соборів, рішення помісних соборів Російської православної церкви тощо);

4) *загальність* – регулювання внутрішньоцерковних відносин, відносин між церквою і державою, між церквою та іншими організаціями в суспільстві, змістом яких є символи віри, шлюбно-сімейні відносини тощо. У християнських країнах змістом релігійних норм вважають символи віри, вчення Ісуса Христа та апостолів, Старий і Новий Заповіти, порядок богослужіння тощо;

5) *реалізація* релігійних норм відбувається шляхом переконання, виконання, дотримання і примусу. Щодо примусовості, то церква нікого не примушує вступати з нею в союз, але якщо будь-хто вже увійшов у нього й належить до неї та якщо бажає користуватися її благами, – повинен підкорятися її законам, що засновані на божественній волі¹;

6) *сукупність релігійних норм* утворює цілісну систему правил поведінки, взаємозалежних і взаємообумовлених, які містять релігійні приписи, звернені до осіб, які сповідують релігію.

Зі зростанням ролі судової та законодавчої влади в державі релігійні норми як джерело права втрачають своє значення і забезпечують регулювання лише внутрішніх церковних справ.

Винятком із загального правила є норми мусульманського права, поширені в арабських та деяких інших країнах Сходу. Такі норми міцно закріплюють загальні правила поведінки мусульман з погляду добра та зла (відповідно: дозволено – заборонено) і вказують їм на необхідну поведінку згідно з релігійними настановами.

Сукупність норм мусульманського права, релігійних та обрядових правил, яка зветься шаріатом, покликана регламентувати поведінку мусульман у всіх сферах суспільного життя, їхні думки й почуття. Особливістю цих норм полягає в тому, що практично всі нормативні приписи

¹ Красножон М.Е. Основи церковного права. – М., 1992. – С. 6.

походять з обов'язків людини перед Аллахом, а не з ідеї прав, свобод і гідності людини. Шаріат містить чотири групи приписів: норми, які фіксують релігійну догматику ісламу; норми, які закріплюють основи мусульманської моралі та етики; норми, які регламентують відносини між віруючими та Аллахом; правила поведінки у стосунках між мусульманами і немусульманами.

Особливостями норм мусульманського права є його сприйняття як результату божественного одкровення; неможливість їх зміни; не територіальне, а персональне обмеження дії: усі правовірні мусульмани, де б вони не перебували, утворюють одну громаду й тому зобов'язані підкорятися його приписам; не розповсюджуються на неправовірних і нівелюються стосовно правовірних жінок; можуть виступати у двох формах: первинній (ті, що сформульовані Аллахом) і похідній (тлумачення норм шаріату); імперативний характер і відповідна спрямованість на задоволення загальних потреб; переважне закріплення лише обов'язків.

Формальне відображення норми мусульманського права знайшли у Корані – священній книзі, Суні – зібранні традиційних правил, які стосуються дій Магомета, іджмі – висновках вчених-мусульман щодо конкретизації положень Корану, киясі – роздумах щодо тих життєвих обставин мусульман, які не були охоплені попередніми джерелами.

З питань, що не врегульовані Кораном чи сунною, законодавчі органи влади мають право видавати нормативно-правові акти. З другої половини XIX століття шаріат поступається місцем законодавству, заснованому на рецепції європейського права. Зокрема, важливе значення мала проведена у 1869–1876 роках кодифікація окремих галузей та інститутів мусульманського права шляхом видання Маджали – цивільного та процесуального кодексу Османської імперії. На початку XX століття в мусульманських країнах були прийняті кодифіковані акти у сфері особистого статусу, кримінального права і процесу¹.

Отже, змістова характеристика джерел права дає змогу визначити їх особливості та межі регулюючого впливу, обов'язковість дії тощо та дійти висновку, що джерел права, які б регулювали всі сторони суспільних відносин, не існує, тому при дослідженні кожного джерела права необхідно виходити з того, чи спроможне воно за конкретних історичних умов сприяти прогресивному розвитку правової системи й суспільства загалом, забезпеченню прав та свобод людини і громадянина.

¹ Сюккяйнен Л.Р. Доктрина как источник мусульманского права // Источники права. – М.: Наука, 1985. – С. 75.

2.3. Система джерел права та принципи її побудови

Як зазначалось, принцип розгортання правових категорій дозволяє в теорії за допомогою певних рядів юридичних понять зафіксувати та виразити правову дійсність у всьому багатоманітті її вияву. За таким принципом може бути розгорнута будь-яка із правових категорій, що виражає суттєве у праві першого порядку, перехід до сутностей наступних порядків, що фіксується відповідними правовими поняттями. Цей шлях розгортання понять правової теорії від абстрактного до конкретного дозволяє в підсумку уявити за допомогою згаданих рядів взаємопов'язаних правових категорій об'єктивну картину правової форми суспільного життя загалом, але уявити її одномоментно, на певному історичному етапі розвитку. Розгортання поняття сутності права, насамперед, можна уявити у вигляді ряду основних правових категорій, що відображають її переходи у різні явища та форми правової дійсності¹. До таких правових категорій можна віднести джерела права. Тому на окрему увагу заслуговує вивчення методологічного значення структури й елементів системи джерел права, що є логічним наслідком дослідження поняття, ознак та класифікації джерел права у формально-юридичному розумінні.

Без відповідного упорядкування джерел права неможливо забезпечити правопорядок у державі, оскільки це є необхідною передумовою для виконання її функцій. Регулятивна та стабілізуюча роль права можлива тільки за умови існування чіткої системи джерел права. Не розрізнена сукупність актів різних органів і суб'єктів, а системно організований «нормативний масив» має перебувати в полі зору і вчених, і практиків².

Відповідно до теорії систем, будь-яке явище, що складається із двох або більше складових елементів, становить систему. Система (від грецьк. *συστημα* – поєднання, утворення) – сукупність визначених елементів, між якими існує закономірний зв'язок чи взаємодія. Якісні характеристики цих елементів становлять зміст системи, сукупність закономірних зв'язків між елементами – внутрішню форму, або структуру системи³. Тобто поняття системи джерел права передбачає низку підпорядкованих понять, у яких фіксуються сторони та зв'язки джерел права.

¹ Васильев А.М. Правовые категории и их место среди категорий обществоведения // Труды / Всесоюзный юридический заочный институт. – Т. XXXII. Роль научных категорий в правоведении. – М., 1973. – С. 162.

² Мурашин О. Акти прямого народовладдя, їх система та класифікація // Вісн. Акад. правових наук України. – 2000. – № 1. – С. 61.

³ *Філософський енциклопедичний словник*. – К.: Абрис, 2002. – С. 583.

Загальними ознаками різних систем є такі¹.

1. Наявність структурних елементів, що формують систему елементів. Елемент виділяється своєю однорідністю та органічністю входження в утворювану ним разом з іншими елементами систему²;

2. Наявність системоутворюючих зв'язків.

3. Виникнення цілісності системи як результат взаємозв'язку та взаємодії елементів, що її утворюють. Рівень цілісності систем залежить від рівня розвитку зв'язків, що існують між структурними елементами системи: чим сильніші зв'язки, тим вище рівень цілісності системи, і навпаки.

Цілісність – це багатоаспектна властивість системи, що дозволяє розглядати її як єдине організаційно-функціональне утворення.

4. Наявність у структурних елементів системи певної автономії та відносної самостійності одного щодо іншого, а системи загалом – щодо навколишнього середовища – економічного, соціального, природного тощо.

Категорія «система джерел права» виражає цілісність певних структурних елементів, що розгортається в певному ряду понять: нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент тощо, між якими існують певні спільні риси й водночас відмінності. Цілісність (тобто не можливість зведення властивостей системи до суми властивостей утворюючих її елементів) – передбачає розгляд всієї сукупності джерел права як єдиного цілого, що володіє власними якісними властивостями, що не є сукупністю властивостей окремих джерел права, але одночасно існуючих у взаємозв'язку з ними.

Окремим аспектом прояву цілісності системи джерел права є ієрархічність рівнів і елементів системи по вертикалі та їх зв'язок по горизонталі.

Під системою юридичних джерел права Р.Б. Тополевський розуміє сукупність усіх форм юридичного закріплення та організаційного забезпечення інформації про загальнообов'язкові правила поведінки (юридичні норми) у сукупності їх взаємозв'язків (генетичних, структурних і функціональних), через які об'єктивуються нормативні приписи галузі права, нормативні складові національної або регіональної (наднаціональної) правової системи чи міжнародного правопорядку³.

¹ Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 99 – 100.

² Синельников Б.М., Горшков В.А., Свечников В.П. Системный подход в научном познании. – М., 1999. – С. 30 – 31.

³ Тополевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х, 2004. – С. 11.

Як складноорганізована система, система юридичних джерел права має певні властивості, а саме: 1) складається з багатьох різнорідних частин – підсистем джерел права – системи нормативно-правових актів, системи нормативно-правових договорів, системи правових прецедентів тощо, які взаємодіють завдяки системним зв'язкам; 2) здатність до змін унаслідок впливу, як з боку інших підсистем правової системи, так і з боку новоутворених джерел права; різка зміна обставин може призвести до її нестабільності, до фрагментації системи джерел права, коли частина джерел права не діє або суперечить іншій частині, паралізуючи її; 3) у процесі розвитку переходить з рівня на рівень – від звичаєвого неписаного права – до писаного права, від фрагментарних нормативних сукупностей через кодифікацію – до складної динамічної системи; 4) у процесі функціонування, завдяки системним зв'язкам, виявляються нові принципи, правоположення, приписи, існування яких не передбачалося у процесі її формування, які прямо не закріплені в юридичних джерелах права; 5) включає в себе національну; ієрархічну та горизонтальну (галузеву) структуру¹.

Крім того, на нашу думку, система джерел права має такі властивості: 1) внутрішня узгодженість – означає взаємозв'язок та несуперечливість джерел права; 2) суб'єктивно-об'єктивний характер. Сутність суб'єктивності полягає в тому, що системність джерел права формується суб'єктами правотворчості, але при цьому існує об'єктивна потреба в її існуванні; 3) активний характер джерел права, що виявляється не лише стосовно до системи права або правової системи загалом, але і щодо безпосередньо пов'язаних із правом систем (судової, системи законодавчих та виконавчих органів державної влади тощо); 4) динамічність, що виявляється в такому: пряма та безпосередня дія; удосконалення джерел права; оновлення; процеси диференціації та інтеграції джерел права². Саме динамізм виявляє внутрішню організацію системи джерел права, їх функціональність, упорядкованість взаємодії та можливість зміни її елементів.

З іншого боку, система джерел права характеризується стабільністю та розвитком, відкритістю, що мають бути досліджені більш детально.

Джерела права завжди містять приписи загального (за виключенням правового прецеденту), не персоніфікованого характеру, розраховані на багаторазове використання протягом тривалого часу. Це дозволяє внести

¹ Там само. – С. 8.

² Концепція стабільності закона (серія «Конфлікт закона и общества»). / Авт. кол.: В.П. Казимирчук, Т.В. Худойкина, С.В. Поленина и др.; Отв. ред. В.П. Казимирчук; Инстит. и права РАН. – М.: Проспект, 2000. – С. 16–17.

елементи стабільності, стійкості, гарантованості, захищеності в повсякденне буття людей.

Проблема стабільності джерел права є найбільш дослідженою в контексті нормативно-правових актів, а саме законів. Як справедливо зазначається в сучасній науковій літературі, дослідження умов, факторів та способів досягнення стабільності законів актуальне з огляду на існуючу тенденцію збільшення кількості законів та підзаконних нормативно-правових актів з одночасним зниженням їх якості, неузгодженості, суперечливості, що призводить до обмеження часу їх дії, багаточисельних змін та доповнень, а отже, до неефективності закону, підриває принцип його верховенства¹.

До найбільш суттєвих ознак, що характеризують стабільність закону, належать такі:

1) властивості, що відображають стабільність закону як явища, тобто його сутність: верховенство закону; нормативність та офіційність; юстиціабельність – захищеність закону, що має бути забезпечена мірами державного примусу;

2) властивості, що відображають рівень досконалості закону: соціально-наукові (соціальна обумовленість; наукова обґрунтованість, моральність, ресурсозабезпеченість); юридико-наукові властивості (законність, фундаментальність, що означає ступінь правової регламентації, виражає урегульованість найбільш важливих суспільних відносин; системність закону, що виражає його внутрішню та зовнішню узгодженість; техніко-юридична забезпеченість; висока якість; доступність; пряма дія);

3) властивості, що відображають результати реалізації закону та забезпечують його стабільність: реальність, тобто фактичне перетворення в життя; тривалість дії, динамічність².

Оцінити ступінь стабільності закону можна за допомогою таких показників: міра відображення конституційних принципів; відповідність принципам і нормам міжнародного права; ступінь правової регламентації основних суспільних відносин; адекватність відображення цінностей, потреб та інтересів; відповідність завданням економічного, соціального та політичного розвитку, що вирішуються; рівень якості закону; відсутність суперечностей з іншими законами; наявність прямої дії закону; ефективність дії закону тощо³.

Закони мають бути стабільними, щоб вони могли реалізовуватись. Водночас з розвитком та зміною суспільних відносин, законодавство по-

¹ Там само. – С. 5.

² Там само. – С. 12.

³ Там само. – С. 15.

винно оновлюватись, оскільки виникає потреба в усуненні суперечностей шляхом внесення змін і доповнень.

Найбільш стабільними джерелами права, на відміну від інших джерел права, є релігійні норми, правові звичаї, загальні принципи права. Доктринальні форми права також діють тривалий час. Принципи права передають основне у праві, головні тенденції його розвитку, по суті те, на що право повинно бути спрямоване¹. Стабільність принципів права досягається шляхом їх закріплення у конституційному законодавстві. Позбавлені принципів права правові системи аморфні, легко піддаються ерозії, не є дієвими, мають істотні прогалини. Наявність стабільних і чітко сформульованих принципів – одна з ознак досконалого, діючого права².

Нормативно-правові договори, наприклад, також мають тривалий час дії. Порівняно з ними нормативно-правові акти та правові прецеденти є більш нестійкими та здатними до змін. Таким чином, про стабільність закону можна зазначити лише умовно, у розумінні його достатньої адекватності певній сфері суспільних відносин та структурі конкуруючих суспільних інтересів. Оскільки компроміс, хоча і не тривалий, у принципі, можливий, оскільки в учасників взаємодії є загальні цілі та інтереси. При цьому власне стабільність (довготривалість) закону залежить від якості законотворчості (вдалого узгодження інтересів) та від динаміки суспільного розвитку³.

Правопорядок, як ефективний та стійкий компроміс, створює основу стабільності законодавства (та загалом системи джерел права у формально-юридичному розумінні), у якому він має знайти відповідну позитивацію (конкретизацію, формалізацію та об'єктивацію) в розумінні його відповідності цінностям та принципам права, а також існуючій системі суспільних відносин.

Стабільність джерел права загалом виявляється у стійкості їх змісту, що забезпечується особливою процедурою їх прийняття чи виникнення, визначенням колом суб'єктів, завдяки чому вони набувають загальнообов'язковості до виконання, юридичної сили та юридичних гарантій захисту.

Існування чіткого механізму створення законів та інших нормативно-правових актів, за якими процес узгодженості юридичних приписів був

¹ Байтин М.И. О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. – 2000. – № 3. – С. 4.

² Колодій А.М. Принципи права України. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 127.

³ Там само. – С. 45–46.

би спрямованим, насамперед, на усунення колізій між нормами законодавчих актів, можна розглядати як певну передумову стабільності законодавства та правопорядку в Україні. Водночас стабільність законодавства, тобто його тривалий усталений стан, зовсім не означає його консерватизму, недопущення наступності, будь-яких змін чи доповнень узагалі. Визрівання об'єктивних суспільних потреб, суперечностей між приватними й публічними інтересами суспільства зумовлюють необхідність розроблення законів¹.

Особливо важливим для національних правових систем є стабільність Конституції як Основного Закону, що визначає основи правового регулювання суспільних відносин та має певні особливості: найвищий рівень легітимації, максимально широка сфера предмета конституційного регулювання, найвища юридична сила, особливий порядок прийняття, наявність спеціальних форм та інститутів її охорони². Ці особливості дають змогу визначити Конституцію як найбільш стабільний нормативно-правовий акт. Завдяки цьому саме Конституцію можна визнати центром, навколо якого ґрунуються в систему, а не у просту сукупність, інші джерела права, правовою основою їх змісту. Отже, Конституція є своєрідним ядром національного законодавства та одночасно гарантом його стабільності³.

Стабільність Конституції також може бути забезпечена розподілом її на дві частини, одна з яких закріплює основи суспільного ладу, права та свободи громадян тощо. Щодо неї запроваджено ускладнену процедуру внесення змін та доповнень. Інші частини Конституції можуть мати менш складну процедуру змін. Загалом же зміни до Конституції можуть бути результатом загальносуспільного консенсусу, а не бажанням окремих політичних сил⁴.

Приватні конфлікти, неминучі та необхідні в умовах загального соціального консенсусу (ефективного та стійкого компромісу), а отже, і нестабільність окремих законів (інших джерел права) у певних межах цілком можлива й не загрожує стійкості системи джерел права та правопорядку загалом.

¹ Селванов В.М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. – Монографія. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2002. – С. 298.

² Бабенко К.А. Проблема стабільності Конституції в умовах зміни суспільних відносин // Вісн. Верховного Суду України. – 2007. – № 2 (78). – С. 9.

³ Нонко О. Конституційний процес в Україні та вплив на нього Ради Європи // Право України. – 2006. – № 9. – С. 21.

⁴ Бабенко К.А. Проблема стабільності Конституції в умовах зміни суспільних відносин // Вісн. Верховного Суду України. – 2007. – № 2 (78). – С. 12.

Як відомо, між елементами множини, що утворюють будь-яку систему, встановлюються певні зв'язки й відносини, які є однією із характеристик цих елементів – підсистем джерел права. Від розвитку внутрішньо-системних зв'язків залежить стабільність системи джерел права, її зв'язок із зовнішнім середовищем.

Зміна зовнішнього середовища призводить до корегування системи джерел права, надаючи їй стійкості та ефективності. У теорії систем під стійкістю розуміють здатність системи, реагуючи на різні коливання, зберігати динаміку своєї поведінки, тобто не переживати суттєвих якісних змін. Однак поступово зміни в системі накопичуються, і коли вони досягають критичного значення, відбувається різка зміна стану системи. Як філософська категорія стан фіксує момент стійкості у зміні, розвитку, русі об'єктів у певному часовому інтервалі при існуючих умовах. Будь-який стан об'єкта визначається сукупністю приналежних йому властивостей та відношень, включає її якісні й кількісні визначеності та їх зміну, що відображається через відносно стійке, те, що зберігається¹.

Система джерел права перебуває в русі, оскільки існує в суспільному середовищі, яке постійно розвивається. Система джерел права або її окремі елементи можуть змінюватися (скасовуватися), можуть виникати нові джерела права у випадку виникнення соціальної потреби та необхідності бути адекватною існуючим суспільним відносинам.

Розвиток системи джерел права обумовлюється розвитком її окремих елементів – підсистем і може відбуватися за двома напрямками: якісними або кількісними змінами. Зростання якості системи юридичних джерел права має виявлятися в досконаліших системних зв'язках і, відповідно, в ефективнішій юридичній практиці й підвищенні рівня правосвідомості суспільства.

Забезпечення стабільності джерел права передбачає здійснення низки заходів, серед яких: 1) загальні – проведення продуманої державної політики, що отримає підтримку громадян та стане передумовою громадянської злагоди; забезпечення принципу розподілу державної влади та ефективна діяльність органів державної влади; 2) процесуальні – об'єктивна потреба виникнення джерела права, врахування суспільної думки та інтересів, з'ясування системних зв'язків між джерелами права та іншими соціальними регуляторами; експертиза проектів, закріплення відповідальності суб'єктів правотворчості; систематизація джерел пра-

¹ Симапов А.Л. Понятие «состояния» как философская категория. – Новосибирск, 1982. – С. 44–60.

ва; удосконалення планування правотворчості; розробка фінансових, організаційних та правових аспектів реалізації закону¹.

Крім того, досягнення стабільності системи джерел права можливе завдяки постійному моніторингу нормативного масиву, підвищенню ролі правової доктрини в системі джерел права, забезпеченню постійного зворотного зв'язку юридичної науки, правотворчості та юридичної практики.

А.Г. Мамонтов, Ф.М. Гаджинова наголошують на інерційності системи джерел права – здатності системи джерел права зберігати свій стан і чинити опір факторам, що призведуть до її змін. Наведемо як приклад входження судового прецеденту в систему джерел права країн романо-германської правової сім'ї. Прибичникам визнання судових актів джерелами права не буде достатньо аргументів доти, доки в юридичній науці не викристалізується стійке й узгоджене уявлення про особливу роль судових актів як джерел права. Крім того, можливість входження судових актів до вказаної системи виникне в тому випадку, якщо вони розширять та підвищать функціональні можливості системи джерел права загалом, а не замінять або продублюють функції вже існуючих елементів цієї системи.

Стабільність системи джерел права – наслідок природно-історичних, еволюційних процесів. Усі спроби прискорення процесів її реорганізації приречені на невдачу, якщо не буде враховано характер системних якостей джерел права².

У даному контексті слід зазначити, що будь-яке системне дослідження зорієнтоване на: знаходження складових частин системної цілісності; виявлення специфічних якостей кожної з частин; аналітичне вивчення взаємозв'язків частин між собою; узагальнення частин в їх якісній визначеності, що розкриває властивості системи як єдиного цілого; пізнання функціонального призначення, ролі та ефективності впливу системи і кожної її частини на середовище і зворотного впливу середовища на систему³. Кожне джерело права має свої властивості, що визначають його юридичну природу, роль і місце в системі джерел права, і виконують власну функцію.

¹ Концепция стабильности закона (серия «Конфликт закона и общества»). / Авт. кол.: В.П. Казимирчук, Т.В. Худойкина, С.В. Поленина и др.; Отв. ред. В.П. Казимирчук; Инст-т гос. и права РАН.– М.: Проспект, 2000. – С. 25–28.

² Мамонтов А.Г., Гаджинова Ф.М. Принципы системного подхода в исследованиях источников права // Вестн. Моск. ун-та МВД России. – 2005. – № 1. – С. 9–14.

³ Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). – М.: Аванта+, 2001. – С. 244, 246.

Зовнішні вольові фактори тільки моделюють систему джерел права, надають їй розв'язкову певної орієнтації, а здатність даної системи виконувати соціальне замовлення залежить від її внутрішніх властивостей.

Системні властивості джерел права слід розглядати як сукупність інтегральних властивостей, тобто якостей, набутих системою джерел права внаслідок стійкого поєднання об'єднувальних зв'язків між окремими видами джерел права. Ці якості є фундаментальними, вони становлять основу статичних і динамічних характеристик та перспектив розвитку системи джерел права.

Теоретично усі системи поділяються на два види: органічні й сумативні. До органічних систем належать такі цілісні утворення, що мають властивості інтегративності, тобто мають сукупність властивостей, ознак, функцій, які не притаманні її елементам. Складові органічних систем – це цілісні утворення, що мають елементи та структуру, які здатні змінювати свою внутрішню організацію під впливом зовнішнього середовища¹.

Загалом для органічних систем характерні такі риси: 1) наявність генетичних та структурних зв'язків; 2) наявність зв'язків координації та субординації (функціональних зв'язків); 3) постійна актуалізація елементів системи; 4) у системі можна виділити окремі підсистеми; 5) властивості частини задаються структурою цілого; 6) функціонуючі частини задаються структурою цілого; 6) функціональні частини зазнали перетворення порівняно з первинним станом; 7) мають внутрішні механізми управління².

Елементи органічної системи, як правило, мають власну структуру й характерні, тільки їм притаманні, властивості. Наприклад, система нормативно-правових актів у системі джерел права є сукупністю органічно пов'язаних законів та підзаконних нормативно-правових актів. Отже, кожна галузь законодавства є системою стосовно інститутів законодавства та окремих законів, які її утворюють. Закон також можна розглядати як систему, що має певну структуру.

Таким чином як елементи системи джерел права кожне джерело права може бути розглянуто як система, що має свою власну структуру, елементами якої є ознаки, особливості змісту, що визначаються специфікою елементів та їх взаємодією між собою. Ідеться не про просту сукупність

¹ Сырых В М Логические основания общей теории права – М ЗАО Юстицинформ, 2004 – Т I Элементный состав – 2-е изд – С 56

² Блауберг И В, Юдин Э Г Становление и сущность системного подхода – М Наука, 1973 – С 177–178

ознак та властивостей, а про їх дослідження як цілого, що утворюється із взаємопов'язаних елементів¹.

Крім того, для органічних систем характерним є зв'язок ієрархічного характеру, який характеризує таке співвідношення елементів системи, при якому всі її елементи мають будь-яку загальну ознаку, суворо виставлені один щодо одного; у своїй сукупності утворюють якісно нове правове явище – органічну систему.

Сумативні системи, на відміну від органічних, утворюються із сукупності елементів, а ціле тільки кількісно відрізняється від частин, які його утворюють, при відсутності між ними ієрархічних зв'язків.

Сумативний зв'язок елементів характеризується тим, що ні система загалом, ні її елементи не отримують якісно нових властивостей. Об'єднуючи в цілісне утворення елементи, система не впливає на них. Класифікаційний критерій, на підставі якого елементи об'єднуються в ціле, виникає за межами системи й жодним чином не залежить від неї.

Водночас слід зазначити, що звичаєвому праву системність не властива. Його не можна назвати цілісним комплексом взаємопов'язаних елементів, які б перебували між собою в певному зв'язку (взаємній підпорядкованості, координації, функціональній залежності тощо). Змістом звичаєвого права є звичаєво-правові норми. Проте останні не структуровані та не пов'язані між собою, не мають логічного зв'язку, який мав би надати їм структурної єдності. Звичаї передусім регулюють поодинокі випадки, ніж певні сфери відносин. Хоча звичаєво-правові норми можна диференціювати на специфічні групи (залежно від сфери відносин), проте всередині такої групи буде більше прогалин, ніж наповненостей. Відсутнє головне – єдність цілей та завдань правового регулювання, єдність правових принципів, що визначають сутність права, та головне, відсутня єдність системи відносин, що регулюються².

При цьому слід зазначити, що елементи системи джерел права існують не відокремлено, а будуються на підставі певних принципів, які дозволяють системі джерел права мати цілісний вигляд.

Принципи як вихідні основи дозволяють суб'єкту організовувати та систематизувати наукові знання, розвивати й удосконалювати їх. На думку О.В. Міцкевича, можна виділити такі принципи, на яких має ґрунтуватися система джерел права демократичної, правової держави: визнан-

¹ Поленина С.В., Сильченко Н.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. – М., 1987. – С. 25.

² Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / Відп. ред. І.Б. Усенко. – К.: Наук. думка, 2006. – С. 53.

ня і закріплення прав і свобод людини та громадянина обов'язком держави; закріплення вищої юридичної сили Конституції порівняно із законами; а законів – із підзаконними актами. Закони мають поступатися пріоритетом перед нормами міжнародних договорів¹.

На сучасному етапі система джерел права повинна відповідати принципам системи, що дозволило б досліджувати джерела права в контексті внутрішньої організації та взаємодії, а також взаємодії із зовнішнім середовищем, тобто здатності виступати самостійним елементом системи більш високого порядку. Отже, можна виділити такі принципи побудови системи джерел права: структурність, системність, ієрархічність.

І. Структурність – розкриває елементний склад системи джерел права. Кожний елемент такої системи, володіючи родовими ознаками, утворює особливий вид джерел права. Види джерел права утворюють внутрішню організовану сукупність (підсистему), що набуває властивостей системного утворення. Структура – внутрішня будова чого-небудь, властива об'єктам, що являють собою системи, і виділяються шляхом встановлення сутнісних, відносно стійких зв'язків між їх елементами при частковому або повному абстрагуванні від якісних характеристик цих елементів. Структура забезпечує збереження основних властивостей та функцій системи при різноманітних її змінах². Структура системи джерел права – це її внутрішня будова, характер побудови якої залежить від природи й закономірностей її розвитку. Відповідно, структура системи джерел права створюється з певного зв'язку між їх різновидами – окремими підсистемами: нормативно-правових актів, нормативно-правових договорів, правових прецедентів тощо, які, у свою чергу, також можуть утворювати системи, наприклад, підсистеми нормативно-правових актів утворюється із системи законів та системи підзаконних нормативно-правових актів.

До структури системи нормативно-правових договорів належать міжнародні, федеративні, колективні договори, що мають різну природу й характер. У свою чергу, структура системи нормативно-правових договорів вплітається певним чином у структуру системи джерел права.

Характерною властивістю принципів права слід вважати те, що вони не розрізнені, а перебувають у взаємозв'язку, відображають не лише властивості правової системи, а й місце кожного із принципів у житті суспільства. Система принципів права характеризується внутрішньою

¹ Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. / Под ред. М.Н. Марченко. – Т. 2. Теория государства и права. – М.: Зерцало, 1998. – С. 139.

² Філософський енциклопедичний словник. – К.: Абрис, 2002. – С. 611.

єдністю, яка прослідковується у їх системно-структурній внутрішній збалансованості, несуперечливості, інтегрованості й водночас диференційованості на певні види.

Система правових прецедентів складається із прецедентів, що приймаються вищими судовими інстанціями, та прецедентів, що виробляються судами нижчих інстанцій.

Усі підсистеми системи джерел права перебувають між собою у різних відносинах координації і субординації, створюючи таким чином багатоструктурне утворення. Водночас окремі джерела права відрізняються не лише особливостями виникнення, формою, структурою тощо, а й внутрішньою організацією змісту.

Структурування джерел права здійснюється як за вертикаллю, так і горизонталлю.

Горизонтальний розподіл системи джерел права відбувається, перш за все, під впливом об'єктивно сформованої системи права. Горизонтальна побудова являє собою сукупність окремих систем джерел права: системи нормативно-правових актів, правових звичаїв, системи правових прецедентів, системи нормативно-правових договорів, загальних принципів права, які об'єднуються у групи залежно від предмета правового регулювання.

Вертикальний розподіл системи джерел права ґрунтується на принципах субординації, підпорядкування. Критерієм вертикального розподілу системи джерел права є їх юридична сила. Її вертикальна структура будується таким чином, що приписи джерел права з меншою юридичною силою видаються на підставі та на виконання норм джерел права вищої юридичної сили та будь-яка норма в межах цієї системи повинна відповідати нормам джерела вищої юридичної сили, що замикає цю вертикаль. Можливі колізії між правовими нормами вирішуються в аспекті системності.

Ієрархія джерел права в різних правових системах має особливості. Наприклад, незважаючи на те, що у формально-юридичному плані, відповідно до класичної теорії парламентаризму, статутне право як продукт діяльності вищих органів державної влади – парламентів повинен мати пріоритет та посідати провідне місце, на практиці воно посідає лише похідне місце. Пріоритет же надається актам, що приймаються судовими органами, та актам органів державного управління. Типовими прикладами можуть бути правові системи Великобританії, Франції, Італії, Швейцарії, Австралії тощо.

Найвищу юридичну силу в більшості держав має Конституція. У традиційних або релігійних правових системах джерело права вищої юри-

дичної сили має, як правило, наддержавний характер (наприклад, священна книга ісламу – Коран – у мусульманському праві). Чітка підпорядкованість джерел права, що законодавчо закріплена та забезпечена за допомогою юридичних механізмів, має важливе соціально-політичне значення.

2. Ієрархія – принцип структурної організації складних багаторівневих систем, що полягає в упорядкуванні взаємодії між рівнями як руху від вищого до нижчого. В ієрархічно побудованій системі існує структурна і функціональна диференціація: кожний рівень спеціалізується на виконанні певних функцій, а вищі рівні здійснюють функцію узгодження й інтеграції. Методологічна необхідність ієрархічних побудов зумовлюється потребою пізнання й управління складними об'єктами соціального порядку¹.

Водночас слід мати на увазі, що термін «ієрархія» застосовується виключно для характеристики системних об'єктів та явищ. Там, де немає системи, не може бути ієрархії. Але ієрархія може бути застосована не для будь-якої системи, а лише до багаторівневої. Однорівневі системи не ієрархічні. Сутність ієрархічної системи полягає в нерівності, підпорядкованості елементів, що її утворюють. У системі джерел права одне джерело підпорядковане іншому. Отже, між елементами виникає залежність².

Ієрархічність виступає як принцип побудови системи джерел права в межах певної правової системи, обумовлюється змістом повноважень суб'єктів правотворчості, що їх приймають, є вираженням різної юридичної сили окремих видів джерел права і пов'язаною з цим наперед встановленою співвідлеглистю джерел права в цілісній системі.

Завдяки ієрархічному зв'язку відбувається впорядкування елементів у структурному ряду.

На думку С.С. Алексєєва та С.В. Поленіної, при побудові конкретної системи джерел права слід керуватися принципом декомпозиції системи: зростання рівня ієрархії призводить до зростання масштабності та складності завдань, що вирішуються. Отже, будь-який нормативний акт, що посідає більш високе становище, порівняно з іншими нормативними правовими актами в ієрархічній структурі законодавства, повинен бути одночасно й актом, що має норми більш загального характеру³.

¹ Філософський енциклопедичний словник. – К.: Абрис, 2002. – С. 237.

² Тимашкова Е.В. Понятие и значение иерархии источников права в юриспруденции // Актуальные пробл. теории и истории государства и права: Материалы межвуз. науч.-теорет. конф. (Санкт-Петербург, 19 декабря 2002 года.) / Под общ. ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. – СПб.: ИГ «Юрист», 2003. – С. 155–159.

³ Лебедев М.Е. Субординационные связи в системе российского законодательства // Рос. юрид. журн. – 2001. – № 3. – С. 30.

Корелятивні відносини в середині системи джерел права виявляються в абсолютному верховенстві Конституції стосовно до всіх нормативних правових актів і у верховенстві закону стосовно до всіх інших – нижчого рівня ієрархії (підзаконних) – нормативно-правових актів. Ці властивості ієрархічної побудови системи і стали підставою для висновку про вертикальну структуру системи джерел права¹.

Ідея ієрархічної побудови системи джерел права – їх вертикальний зв'язок – має значення не лише для виразу їх підпорядкованості. Ієрархічність означає і внутрішній взаємозв'язок видів джерел права. У певних випадках такий взаємозв'язок визначає втрату чинності цілих груп нижчих актів у випадку відміни (або зміни) вищого акта. Крім того, встановлення відповідності може бути виражене в частковому оновленні нижчих джерел.

Принцип ієрархії має свої особливості стосовно різних джерел права. Насамперед, такий тип зв'язку характерний для системи нормативно-правових актів. Ієрархія органів державної влади визначає і ієрархічний зв'язок нормативно-правових актів, що вони приймають. Кількість елементів системи нормативно-правових актів визначається критерієм класифікації – юридичною силою нормативно-правових актів. Юридична сила, у свою чергу, визначається місцем, яке посідає у механізмі держави орган, що їх створює. Ієрархічний зв'язок нормативно-правових актів є визначальним моментом у характеристиці їх системи. Нормативні положення будь-якого акта, що вступають у суперечність із Конституцією, іншими законами, повинні бути скасовані, вони не є елементами цієї системи, а правопорушеннями.

Без упорядкування структурного ряду через ієрархічний зв'язок система нормативно-правових актів не буде єдиним та несуперечливим утворенням, а тому не зможе забезпечити ефективного регулювання суспільних відносин. Отже, система нормативно-правових актів має становити не просто суму нормативно-правових актів, а єдине, цілісне, несуперечливе утворення.

Ієрархічний зв'язок у цій системі є загальним і необхідним. Будь-яка держава, яка бажає бути правовою і забезпечувати реальну дію принципу верховенства права й закону, повинна не лише проголосувати принцип ієрархічної підпорядкованості нормативно-правових актів. Держава

¹ *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. – Т. 2. Нормативные юридические акты. Применение права. Юридическая наука (правоведение). – Свердловск: Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1973. – С. 43–44.

прагне також створити систему інститутів, методів, що можуть забезпечити дотримання цього принципу¹.

Ієрархічна структура системи підзаконних нормативно-правових актів включає нормативно-правові акти глави держави, парламенту, органів виконавчої влади, місцевих органів влади та управління. Для них характерні: 1) суворобмеженість сфери дії кожного нормативного акта, що обумовлено як компетенцією окремого органу, так і його взаємозв'язком з певними адміністративними одиницями; 2) підпорядкування актів нижчих органів актам органів більш високого рівня; 3) підпорядкованість нормативним актам державного управління актів відповідних місцевих органів державної влади².

При розгляді ієрархії джерел права важливе значення має з'ясування ієрархії норм права, співвідношення цих категорій. Вихідним є діалектичне співвідношення форми та змісту. Форма права є формою існування змісту права, засобом його організації, надання йому визначеності, об'єктивності³, ієрархічності. Відповідно до цього, в аспекті єдності змісту й форми ієрархія юридичних норм та ієрархія джерел права будуть мати тотожне значення. До того ж юридична сила норм права, поміщених у джерелах права, похідна від рівня юридичної сили акта. Ієрархічність норм права визначається її джерелом і нічим іншим.

На початку ХХ ст. німецький філософ А. Меркль запропонував теорію сходів, основою якої є положення про те, що в будь-якому правовому порядку існує безліч ступеней норм або актів, які мають однакову правову силу, і ці ступені перебувають між собою у тісному взаємозв'язку. Змістом останнього є залежність актів більш низького ступеню від актів більш високого ступеню. Ідеться про оформлення ієрархічних відносин між актами й нормами, тобто створення східчастої структури правового порядку⁴.

Пізніше Г. Кельзен, звернувшись до проблеми визначення ієрархії норм, дійшов висновку, що відносини між нормою, яка регулює створення іншої норми, й останньою можуть бути лише відносинами підпорядкування. До того ж норма, змістом якої є припис із створення іншої нор-

¹ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. – Т. I. Элементный состав. – 2-е изд. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2004. – С. 59–60.

² Поленина С.В., Сильченко Н.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР. – М., 1987. – С. 67.

³ Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968. – С. 24–25.

⁴ Merkl A. Prologomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. «Festschriften für H. Kelsen». – Wien, 1926. – Цитується за: Мицайков М. Ієрархія в праві // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. – 1999. – № 6. – С. 54–72.

ми, посідає вище становище, а норма, створена на підставі цих приписів, більш низьке. Отже, правовий порядок, що створюється державою, є не системою узгоджених й однорівневих норм, а виступає ієрархією різних шаблів норм. У цьому випадку єдність норм забезпечується тим, що створення кожної з норм обумовлюється іншою, яка також створена за відповідним приписом. Завершенням цієї системи норм є найвища «основна» норма, яка є під'рунтям правопорядку загалом¹.

З іншого боку цю проблему розглядав французький юрист Каре де Малбер, який стверджував, що розподілу норм за ступенями не існує ні у відносинах між Конституцією і звичайними законами, ні між актами законодавчої влади, правосуддя та управління. На його думку, серед таких актів є ті, що створюють право, але при цьому інші не стверджують будь-якого нового юридичного правила, а лише точно виконують вищий юридичний припис. Крім того, теорія ступенів А. Меркля і Г. Кельзена не розглядає співвідношення між правовими актами залежно від органу його видання².

Цікавими з цієї проблеми є розробки болгарських учених. Зокрема, Г. Тасич розглядає проблему ієрархічної природи правового порядку. На його думку, кожний похідний акт має своєю основою первинний, тобто має бути узгодженим з ним. Ієрархія являє собою той факт, що похідний акт має більш вузький зміст порівняно з первинним. Але водночас узгодженість кожного нижчого акта з усіма, що йому передують, не є необхідністю. Тобто необов'язково, щоб кожен правовий акт, виданий адміністрацією чи судовим органом, мав однакову юридичну силу із законом, на підставі якого він був прийнятий.

Крім того, основою ієрархії є саме формальні моменти: форма, а не зміст, чим, у свою чергу, охоплюється й орган прийняття, і сама процедура. Іншими словами, основними моментами, від яких залежить ієрархія нижчих та вищих правових актів, є органи, які затверджують ці акти та процедуру їх прийняття³.

¹ Келзен Х. Опита теорија права и државе. – Београд, 1951. – С. 128–129, 136; Merkl A. Prologomena einer Theorie des rechtlichen Stutenbaues. «Festschriften für H. Kelsen». – Wien, 1926. – Цитується за: Мицайков М. Ієрархія в праві // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. – 1999. – № 6. – С. 54–72.

² Крбек И. Прило, теорији о појму права. – Загреб, 1952. – С. 56. – Цитується за: Мицайков М. Ієрархія в праві // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. – Право. – 1999. – № 6. – С. 54–72.

³ Тасич Н. Легач покуша ј поделе државних функција у формалном и материјалном смислу. Избор расправа и чланака из теорије права. – Београд, 1984. – Цитується за: Мицайков М. Ієрархія в праві // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. – № 6. – 1999. – С. 54–72.

Характер співвідношення між системою органів державної влади та системою джерел права (правових актів) досліджував Р. Лукич. На його думку, кожній ланці ієрархічної системи державних органів відповідають певні джерела права. Тому неможливо, щоб акт органу, який посідає нижче місце, не був узгоджений з актом більш вишого органу державної влади. Іншими словами, ієрархія державного устрою одночасно є ієрархією правового порядку, який має досить складну структуру. Елементами порядку є правові акти, що розміщуються таким чином (послідовність ступенів): Конституція, закони, підзаконні акти, звичаї, судові прецеденти¹.

Дещо по-іншому підходить до вивчення цієї проблеми М. Вискович. Він стверджує, що у створенні правових норм завжди проявляється економічна та політична сила тих груп, які нею володіють. Така ситуація завжди замовчується, як замовчується ідеологічна функція правових цінностей та репресивна функція юридичної нормативності. Ця залежність відображається у вченні про ієрархічну східчастість правових норм, у якій відносини між первинними та вторинними пояснюються як процес «саморегуляції» посередництвом специфічної системи судів за необхідністю, а не як вияв і засіб відносин сили та влади між суб'єктами права. Існування будь-якої правової норми ґрунтується на вищій нормі, а всі правові норми засновані на певній гіпотетичній правовій нормі.

Будь-яка норма у правовій системі, з точки зору суб'єкта прийняття і правової сили, одночасно є і вищою, і нижчою, тобто визначаючою і визначаною. Виключення становлять лише найвищі норми (наприклад, Конституція) та норми, які перебувають на самому нижчому шаблі й можуть бути лише визначасимими.

На його думку, однакову правову силу мають акти, створені органами одного рангу, з точки зору політичної та економічної міцності, приймаються за однаковою процедурою і не впливають один на одного, і навпаки. розвиток теоретичних уявлень про класифікацію правових актів (джерел права) в рамках загальної теорії права свідчить про глибоке проникнення та використання різноманітних методологічних підходів до в'ясування сутності цієї проблеми².

3. Внутрішня системність структурних елементів системи джерел права, що виступають у вигляді її підсистем. Термін «системність» упер-

¹ Лукич Р., Кошутин Б. Увод у право. – Београд, 1975. – С. 200. – Цитується за: Мицанков М. Ієрархія в праве // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. – № 6. – 1999. – С. 54–72.

² Viskovic N. Pojam prava (Prilog integralnoj teorij prava). Split, 1984. – Цитується за: Мицанков М. Ієрархія в праве // Вестн. Моск. ун-та. – Сер. 11. Право. – № 6. – 1999. – С. 54–72.

ше було вжито Б.В. Шейндліном стосовно права як системи юридичних норм, що утворює єдине ціле¹. Система джерел права у формально-юридичному розумінні постає у вигляді цілісної, органічної, самоорганізуючої системи лише тоді, коли джерела починають розглядатися в їхніх взаємозв'язках і ієрархії, як певна упорядкована цілісність, намагаючись подолати притаманні їм колізії, коли стає можливим виділити існування між юридичними джерелами права різних типів зв'язків. У системі джерел права існують такі зв'язки та відносини:

- між правотворчою компетенцією органів державної влади і юридичною силою джерел права та суспільних відносин, що врегульовуються з їх допомогою;
- між правотворчою компетенцією органів державної влади та змістом норм права різних джерел права;
- між юридичною силою джерел права та суспільними відносинами, що ними регулюються;
- між нормами права даного виду джерел права та нормами права, що містяться у джерелах права, що мають меншу юридичну силу.

Ці зв'язки забезпечують цілісність системи та узгодженість окремих різновидів джерел права.

Крім того, зв'язки, що виникають у процесі функціонування системи джерел права, можна поділити на функціональні, субординаційні та генетичні.

Функціональними називаються зв'язки, що визначають взаємодоповнюваність і взаємозалежність джерел права, підсистем конкретних джерел права у процесі їх функціонування. Це зв'язки, що впливають на відтворення і збереження системи джерел права як якісно стійкого утворення.

Субординаційні зв'язки визначають ієрархічну побудову системи джерел права. Зв'язки координації реально виявляються тоді, коли правові норми, що містяться в різних джерелах права, діють одночасно.

Генетичний зв'язок – це внутрішній зв'язок між компонентами, частинами явища в його історичному розвитку, зв'язок, що характеризує динаміку переходу одного стану до іншого, зміни форми, сутності та змісту явища.

Генетичні зв'язки у системі джерел права виражають розвиток системи джерел права, формування її підрозділів. У генезі системи джерел права (водночас і в розвитку генетичних зв'язків) за впливом на регулювання суспільних відносин можна виділити такі стадії: 1) зародження;

¹ Шейндлин Б.В. Сущность советского права. – Л., 1959. – С. 7.

2) становлення; 3) стабілізації; 4) дестабілізації (занепаду); 5) переживання, яка характеризується тим, що хоча правова система припиняє своє функціонування, усе ж система джерел права, а саме її уламки, або окремі складові, продовжують своє існування як частина нової, принципово іншої, системи джерел права¹.

Системні зв'язки забезпечують цілісність і стабільність системи джерел права, яка має таку структуру компонентів: базовий (фундаментальний); похідний (конкретизуючий); допоміжний (субсидіарний). До базового компоненту можна віднести ті джерела права, які є основними для даної системи права, які конституують, визначають дане правове утворення. Такими є загальні принципи права, конституції, рішення органів конституційної юрисдикції нормативного характеру тощо. Похідний компонент об'єднує ті юридичні джерела права, які розвивають, конкретизують елементи первинного компоненту. Саме в них міститься основний масив юридичних норм. До цього компоненту входять закони (за винятком Конституції, конституційних законів), підзаконні акти, правові прецеденти, правові звичаї. Тобто допоміжний компонент значною мірою визначається особливостями розвитку національної правової системи, залежно від яких до нього можуть входити акти, документи, доктрини тощо, які хоча й не є обов'язковими, однак значно впливають на інші джерела права, опосередковуючись через правотворчі органи (м'яке право), визначаючи подальший розвиток системи джерел права і тлумачення певних правових норм (наприклад професійні етичні кодекси). Джерела допоміжного компоненту можуть діяти лише у взаємозв'язку з базовим і похідним компонентом².

Характер зазначених зв'язків у системі джерел права визначає ступінь її організованості, правила та послідовність знаходження і застосування норм у конкретних обставинах, що вимагають правового врегулювання. У разі неможливості знаходження необхідної норми може ставитися питання про реформування системи джерел права.

Стійкі, оптимальні, узгоджені зв'язки визначаються, насамперед, їх постійністю. У разі послаблення системних зв'язків система джерел права втрачає якість цілісності, виникає необхідність переходу в нову якість.

Стійкі зв'язки між джерелами права (функціональні, субординаційні, генетичні, ієрархічні) створюють структуру системи джерел права, тоб-

¹ *Топалевський Р.Б.* Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – С. 23.

² Там само. – С. 11.

то забезпечують її впорядкованість; спрямованість цього впорядкування характеризує організацію системи джерел права.

Різні елементи системи джерел права у складі системи джерел права посідають нерівноцінне становище. Одні з них менш рухливі, статичні, стабільні, інші – динамічніші, активніші, мінливіші. Вони мають різне значення в системі. Наприклад, Конституція будь-якої держави – це Основний Закон, основне джерело права. Інші ж джерела права, наприклад правовий звичай, входять у систему джерел права лише за умови їх санкціонування і є допоміжними джерелами права у країнах романо-германської правової сім'ї.

Властивості кожного виду джерел права визначають цілісність властивостей системи, яка не може бути зведена до суми властивостей джерел права, а становить якісні ознаки цілого. Якісні властивості системи джерел права стають особливістю національної правової системи – підставою для класифікації правових сімей¹.

Стабільність, урівноваженість системи джерел права розглядають як основу її організації та функціонування. Усі елементи системи джерел права – її підсистеми, мають бути врівноважені, що дозволить їй бути ефективною. Системність джерел права означає сукупність стійких зв'язків та відносин, що виникають між джерелами права, створюючи єдине ціле, дозволяє їм забезпечити цю ефективність.

Тому для дослідження джерел права першочергове значення має їх розгляд як системно пов'язаних частин цілого. Сукупність джерел має низку специфічних властивостей саме як система, що становить собою органічне ціле, усі елементи якого – це окремі види джерел, розташовані у певному встановленому порядку. Система джерел права володіє такими якостями: організованістю, цілісністю, складністю та побудована на підставі принципів структурності, ієрархічності, системності, що забезпечує її функціональність та визначає її місце у правовій системі.

Таким чином, систему джерел права можна охарактеризувати як органічну, комплексну, багаторівневу, динамічну й відкриту систему, складові елементи якої об'єднані структурними зв'язками. Кожний елемент цієї системи є самостійним і може бути досліджений окремо.

Для визначення принципів побудови системи джерел права важливе значення має дослідження принципів верховенства права й верховенства закону, визначення їх співвідношення, що тривалий час, через суб'єктивні та об'єктивні обставини, залишалось поза увагою вчених-юристів.

¹ Мамонтов А.Г., Гаджинова Ф.М. Принципы системного подхода в исследованиях источников права // Вестн. Моск. ун-та МВД России. – 2005. – № 1. – С. 13.

Насамперед, це зумовлено тривалим пануванням радянської правової доктрини, основним положенням якої було отождоження права й закону, визнання закону єдиним джерелом права. Змістовне об'рунтування отримали лише проблеми визнання вищої юридичної сили за Конституцією, а законів – у системі нормативно-правових актів. Прийняття 1996 року нової Конституції України та відповідне подальше оновлення законодавства, у якому закріплено принцип верховенства права та вищу юридичну силу Конституції, зумовило активізацію наукових досліджень, переосмислення праворозуміння. Зокрема, С.П. Головатий, Г.І. Дудка, А.П. Заєць, М.І. Козюбра, С. Кундельська, О.В. Оніщенко, П.М. Рабінович, А.О. Селіванов, В.М. Селіванов, С. Сухомлінов, Б. Таманага, В.М. Шаповал розглядали ці проблеми в контексті власних досліджень. На жаль, поза увагою дослідників залишилось з'ясування змісту принципів верховенства права щодо системи джерел права та принципу верховенства закону в системі джерел права.

Термін «верховенство права» або «панування права» (англ. *the rule of law*) уперше вжив у ХІХ ст. британський юрист А. Дайсі. У період Стародавнього світу та Середні віки йшлося про визнання необхідності підпорядкування «позитивного» (встановленого чи санкціонованого державою) права «непозитивному» (природні права людини, потреби людської природи, вимоги розуму, мораль тощо). У новій історії проблема верховенства права досліджувалася в природноправовому контексті. Що ж до сучасного розуміння сутності та змісту принципу верховенства права, на думку В.М. Селіванова, його кореляції з принципами «верховенство Конституції» та «верховенство закону», то воно передбачає, насамперед, поглиблене право і законорозуміння, усвідомлення їх співвідношення між собою. Це вимагає усвідомлення того, що зазначені принципи можуть слугувати ґрунтовними засадами у процесі як правотворення і законотворення, застосування закону в конкретній правовій дійсності, але лише у своєму взаємозв'язку, взаємоузгодженості, діалектичній взаємодії. Будь-яка абсолютизація значення чи принципу верховенства права, чи принципу верховенства закону призводить до неефективності у процесі законотворення і застосування¹.

П.М. Рабінович розглядає принцип верховенства права як панування права у суспільстві, його визначальну роль у відносинах між учасниками суспільного життя, у діяльності державних та недержавних орга-

¹ Селіванов В. Співвідношення права і закону // Вісн. Акад. правових наук України. – 2004. – 3 (38). – С. 20–21.

нізації, соціальних спільнот, об'єднань. Принцип верховенства права має самостійний характер лише у випадку, коли саме право інтерпретується як явище, що виникає та існує незалежно від держави, від діяльності її законодавчих та інших органів¹.

Принцип верховенства закону відіграє визначальну роль у правовій (юридичній) системі держави, у діяльності всіх суб'єктів права, насамперед державних органів і посадових осіб. Цей принцип означає, що закон має найвищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів та джерел юридичного, тобто встановленого державою («позитивного»), права. Отже, принцип верховенства права не тотожний принципу верховенства закону. Відмінність між ними пов'язана з розбіжністю у розумінні права й закону. Важливе значення має і співвідношення цих понять: принцип верховенства закону є більш конкретним. Панування закону означає, насамперед, верховенство правового закону, оскільки не кожний закон є саме таким. Відповідність змісту закону праву є ще однією ознакою принципу верховенства права, важливим показником правової держави².

На думку Р.А. Ромашова та А.Г. Тищенко, принцип верховенства правового закону походить із пріоритету закону щодо всіх формальних джерел права. Сутність цього принципу полягає у досягненні суб'єктами права законотвірної поведінки, у забезпеченні правомірного характеру самих законів. Верховенство права є загальноправовим принципом права, що закріплює пріоритетне становище права в системі соціальних регуляторів. За умови виникнення суперечності правових норм з неправовими соціальними нормами (релігійними, моральними, корпоративними) спірна ситуація вирішується відповідно до правових приписів в порядку встановлених правом процедур³.

А.М. Головістіков та Ю.А. Дмитрієв вважають, що головною ознакою правової держави є верховенство та панування права (у широкому розумінні) й закону (у більш вузькому). Правове суспільство й держава визнають право як міру свободи та справедливості, що виражається саме в законах і підзаконних актах, практиці реалізації прав і свобод людини,

¹ Рабінювич П.М. Громадянське суспільство і права держава (загальнотеоретичні міркування) // Українське право. – 1996. – № 3. – С. 30.

² Міжнародна поліцейська енциклопедія: У 10 т. / Відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. – К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С. 61–62.

³ Теория государства и права: Учеб. / Под ред. Р.А. Ромашова. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 170, 476.

демократії тощо. Ідея панування права в житті суспільства та держави – це сучасний етап тисячолітніх пошуків зверхджерела для державної нормотворчості. У ч. 2 ст. 17 Конституції Російської Федерації зазначено, що держава не створює, не дарує людям їх невідчужувані права, які належать їм від народження, а лише визнає їх, дотримує та захищає їх носія – людину, її права та свободи як вищу цінність¹.

У частині III Декларації про державний суверенітет України зазначено: Українська РСР забезпечує верховенство Конституції та законів Республіки на своїй території. Це положення набуло розвитку у статті 8 Конституції України 1996 року, у якій проголошується визнання та дія в Україні принципу верховенства права: Конституція України має найвищу юридичну силу. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України й повинні відповідати їй. Таким чином, принцип «верховенство права» має самостійне значення порівняно із принципом «верховенство закону», їх не можна ні ототожнювати, ні прогиставляти.

Принцип панування права, на думку В.М. Сирих, означає, що громадянське суспільство та держава в ранг загальнообов'язкових правових норм, позитивних законів зводить лише право. У демократичній правовій державі закон має відповідати праву. Таким чином, принцип верховенства закону прямо та безпосередньо залежить від принципу панування права².

Зміст принципу верховенства права обумовлений значущістю права як соціально-культурного явища, що має в суспільстві найбільший соціально-регулятивний потенціал за рахунок низки властивостей, і, зокрема, власне юридичних. Жодне з інших нормативних явищ суспільного життя (моральні канони, звичаї, традиції тощо) не мають такого зовнішнього впливу на упорядкування поведінки людини, як право у своїй юридичній формі³. Принцип верховенства права передбачає: правову організацію державної влади, тобто створення та діяльність державних органів згідно з вимогами правових норм (у ст. 19 Конституції України зазначено: Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в ме-

¹ Головистикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Теория государства и права: Учеб. – М.: Экспо, 2007. – С. 316.

² Сырых В.М. Теория государства и права: Учеб. для вузов. – 5-е изд., стер. – М.: ЗАО Юстицинформ, 2006. – С. 539-540.

³ Селванов В.М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. – Монографія. – К.: Вид. дім «Ін Юрс», 2002. – С. 295.

жах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України); правовий характер прийнятих джерел-права, тобто відповідність їхнього змісту невід'ємним правам і свободам людини та громадянина; взаємопов'язаність держави та права, яка полягає в тому, що саме держава створює право, формулює, змінює чи скасовує правові норми (правотворчість), а також реалізує та охороняє його (правозастосування), водночас право впливає на державу, встановлюючи правовий статус компетентних державних органів; верховенство норм Конституції в системі правових норм.

Крім того, визнання принципу верховенства права означає, що в основу закону й нормативного акта має бути покладений соціальний ідеал справедливості, згідно з яким людина, її права, свободи, інтереси – вища соціальна мета¹.

Принцип верховенства права характеризує первинність права перед державою², на відміну від принципу верховенства закону в ієрархії джерел права, примату Конституції над законами. Принцип верховенства права має сенс 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, ґрунтується на історично досягнутому рівні соціальної етики³. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом. Право має верховенство як фактичне, так і юридичне. Фактичне верховенство полягає у визначенні саме правовими актами найбільш важливих сфер суспільного життя, державного устрою, правопорядку тощо; юридичне верховенство виявляється у наданні цим актам обов'язковості, юридичної сили. Ідеться лише про визначення верховенства права над іншими неправовими регуляторами⁴. Принцип верховенства права знаходить свою конкретизацію в різних складових, зокрема у верховенстві Конституції та законів України. Принцип верховенства закону ґрунтується на Конституції, що закладає базу для визнання принципу верховенства закону в правовій системі⁵.

¹ Назаренко С.В. Теоретичні та прикладні питання регулювання нормотворчості: Основні засади проекту Закону «Про закони і законодавчу діяльність» // Вісн. програми сприяння парламентові України. – 1997. – № 6. – С. 19.

² Гайворонський В. Джерела права // Вісн. Акад. правових наук України. – 2001. – № 3. – С. 57–65.

³ Засць А. Принцип верховенства права (теоретико-методичне обґрунтування) // Вісн. Акад. правових наук України. – 1998. – № 1. – С. 3–13.

⁴ Засць А.П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – К.: Парламент вид-во, 1999. – С. 132–133.

⁵ Там само. – С. 141.

Для джерел права країн романо-германської правової системи основним принципом її побудови є пріоритет закону в системі джерел права або визнання принципу верховенства закону.

Залишається актуальною думка Ю.О. Тихомирова щодо законодавчого закріплення верховенства закону в системі нормативно-правових актів¹. Про це може йтися в Конституції або у спеціальному законі. Існує досвід прийняття законів про закони або про нормативно-правові акти в Казахстані, Болгарії, Угорщині, Білорусі тощо.

У ст. 8 Конституції України законодавець закріпив вищу юридичну силу Конституції України, зазначивши, що закони та інші нормативно-правові акти мають відповідати і не суперечити їй. У ст. 6 Республіки Армения гарантується верховенство закону. У ст. 3 Конституції Естонії зазначається, що державна влада здійснюється тільки на основі Конституції і законів, що узгоджуються з нею. Загальновизнані принципи та норми міжнародного права є невід'ємною частиною правової системи Естонії. У ст. 146 Конституції Республіки Білорусь констатується, що Конституція наділена вищою юридичною силою. Закони та інші акти державних органів видаються на основі та відповідно до Конституції Республіки Білорусь. У разі розбіжності закону з Конституцією діє Конституція, а в разі розбіжності іншого нормативного акта із законом діє закон.

Важливим у контексті визнання принципу верховенства закону є визначення поняття та обсягу законодавства. Обсяг поняття «законодавство», згідно з Конституцією України, можна визначити, проаналізувавши правотворчі повноваження органів державної влади. Зокрема, у ст. 85 передбачено, що до повноважень Верховної Ради України належить: внесення змін до Конституції, прийняття законів, надання законом згоди на обов'язковість міжнародних договорів України та денонсація міжнародних договорів України. Крім того, Верховна Рада України може приймати постанови (ст. 91). Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України видає укази й розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України. Кабінет Міністрів України в межах своєї компетенції видає постанови й розпорядження, які є обов'язковими до виконання (ст. 117). Верховна Рада Автономної Республіки Крим у межах своїх повноважень приймає рішення та постанови, які є обов'язковими до виконання в Автономній Республіці Крим (ст. 136). Органи місцевого самоврядування в межах повноважень, виз-

¹ Тихомиров Ю.А. Публичное право: Учеб. – М.: БЕК. – 1995. – С. 289.

начених законом, приймають рішення, які є обов'язковими до виконання на відповідній території (ст. 144). Конституційний Суд України за зверненням дає висновки про відповідність Конституції України законів та інших правових актів Верховної Ради України; актів Президента України; актів Кабінету Міністрів України; правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. З цих питань Конституційний Суд України ухвалює рішення, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточними й не можуть бути оскаржені. Закони та інші правові акти за рішенням Конституційного Суду України визнаються неконституційними повністю чи в окремій частині, якщо вони не відповідають Конституції України або якщо була порушена встановлена Конституцією України процедура їх розгляду, ухвалення або набрання ними чинності. Закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність (ст. 150, 152).

Обсяг поняття «законодавство» визначено на конституційному рівні в Конституції Азербайджанської Республіки. Зокрема, у ст. 148 Конституції Азербайджану визначено акти, що входять у систему законодавства Азербайджанської Республіки, а саме: Конституція; акти, що прийняті на референдумі; закони; укази; постанови Кабінету Міністрів; нормативні акти центральних органів виконавчої влади. У конституціях деяких країн світу існують розділи, безпосередньо присвячені законодавству, але в частині визначення сфери законодавчого регулювання, порядку прийняття законів та рішень уряду, набуття ними чинності. Приміром, у Конституції Швеції Глава 8 має назву «Закони та інші приписи»; Конституція Фінляндії містить частину III «Законодавство»; в Основному Законі федеративної республіки Німеччина – розділ 7 називається «Законодавство федерації».

Точне розуміння терміна «законодавство», як сукупності лише законів, відповідає принципу верховенства закону, природі законодавчої діяльності парламенту як єдиного органу, що законодавствує, «дає» законодавство, і, в кінцевому підсумку, – принципу верховенства права, який зумовлюється принципом вищої легітимності закону¹.

Принцип верховенства закону є невід'ємною складовою принципу верховенства права в демократичній, правовій державі та визначальним принципом побудови системи джерел права.

¹ *Засць А.П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – К.: Парламент. вид-во, 1999. – С. 144.

Розмежування системи законів і систем інших джерел права дозволяє більш точно і глибоко відобразити суспільні інтереси, забезпечити ефективність правореалізаційної практики.

Отже, принципи побудови системи джерел права – це основи, правила, які, відповідно до своїх властивостей, зумовлюють її розвиток і функціонування, забезпечують внутрішню єдність системи джерел права, узгодженість її складових елементів. На підставі принципів побудови системи джерел права формуються, діють та удосконалюються її підсистеми: нормативно-правових актів, нормативно-правових договорів, правових прецедентів, правових звичаїв та правових принципів. Внутрішня структура нормативно-правових актів має вигляд органічної системи законів і підзаконних нормативно-правових актів, між якими існують субординаційні зв'язки. Система нормативно-правових договорів є сумативною, оскільки між її складовими елементами – міжнародними, федеративними, колективними, конституційними договорами встановлюються зв'язки координації. Система правових прецедентів є органічною і утворюється із прецедентів, які приймаються вищими судовими інстанціями, та прецедентів, що приймаються судами нижчих інстанцій. Система принципів права є сумативною, оскільки її складові пов'язані не субординаційними зв'язками, а координаційними.

Ці підсистеми мають функціонувати відповідно до принципів системи. Між ними виникає взаємозв'язок, взаємодоповнення та взаємодія. Тобто принципи, відповідно до своїх властивостей, виконують регулюючу та упорядковуючу функцію в системі джерел права. Тому важливим, на нашу думку, є закріплення принципів побудови національної системи джерел права у спеціальному законі.

ДЖЕРЕЛА ПРАВА У СВІТЛІ КОНЦЕПЦІЙ ПРАВОРОЗУМІННЯ

3.1. Джерела права у класичних концепціях праворозуміння

Дослідження основних питань правознавства зазвичай починається з визначення права. На думку В.С. Нерсесянца, праворозуміння – це є ніщо інше як поняття права, що становить єдність правової сутності та явища¹. Саме тип розуміння права визначає парадигму, принцип та взірць (змістову модель) юридичного пізнання, власне науково-правовий зміст, предмет і метод відповідної правової концепції юриспруденції взагалі та концепції джерел права зокрема. Розуміння права вже багато років, століть є однією з головних проблем юридичної науки, філософії права, історії.

Процес розвитку наукового пізнання права відбувається шляхом поглиблення і конкретизації його поняття, тобто науково-поняттєвого способу тлумачення і трактування природи, розуміння і значення права, його об'єктивних і сутнісних властивостей та форм його зовнішнього емпіричного вияву, виразу, специфіки права як особливого типу й форми соціальної регуляції. Поняття права – це пізнана єдність правової сутності та явища².

В.І. Леушин і В.Д. Первалов розглядають праворозуміння через такі наукові категорії, як «пізнання», «сприйняття», «оцінка», «суб'єкт», «об'єкт», «зміст» тощо. На їхню думку, це наукова категорія, що відображає процес та результат цілеспрямованої розумової діяльності людини, що включає в себе пізнання права, його сприйняття (оцінку) і ставлення до нього як до цілісного соціального явища³.

¹ Нерсесянц В.С. Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости // Социологические исследования. – 2001. – № 10. – С. 3.

² Нерсесянц В.С. Основные концепции права и государства в современной России // Зарубежный опыт и отечественные традиции в российском праве: Всерос. науч.-методологический семинар. – Санкт-Петербург, 28–30 июня 2004 г. – С. 3–4.

³ Теория государства и права / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Первалова. – М.: НОРМА-ИНФРА, 1998. – С. 216.

На думку О.В. Міцкевича, терміном «праворозуміння» визначають не лише поняття права і, зокрема, його визначення, воно включає в себе низку загальнотеоретичних правових категорій та понять, які охоплюють усю систему правових явищ, а також філософських і соціологічних категорій, що відображають зв'язки права та інших соціальних явищ¹.

М.І. Байтін, М.М. Волпенко, П.А. Оль вважають, що терміном «праворозуміння» охоплюється широкий комплекс проблем, пов'язаних із пошуком шляхів і засобів наукового пізнання природи й сутності права, аналізом ідей і теоретичних концепцій, присвячених цьому питанню. Це система ідей, що пояснюють сутність і буття права в суспільстві².

Оригінальним видається підхід А.В. Полякова, який тлумачить процес праворозуміння як раціональне, таке, що прагне вірогідності, знання, яке розуміє і пояснює сутність правової реальності. Знаковим фактом наукового життя є та обставина, що досі в науці немає єдиного уявлення про природу права. Є декілька серйозних причин для існування теоретико-правового плюралізму. Серед них – відмінність у соціокультурних умовах життя суспільства на Сході й Заході. Тільки в західних цивілізаціях право є основною соціальною цінністю. Право при цьому розуміють не лише як закон, а набагато ширше – як природні права та свободи людини, що поширюються на сфери приватного й публічного життя. Унаслідок цього на Заході домінують індивідуалістичні правові концепції, точкою відліку яких є автономний індивід. На Сході сформувалося традиційне, колективістське суспільство, яке пов'язане загальною релігійною ідеологією, звичаями і традиціями, відповідно до яких вирішуються поставлені перед суспільством завдання. Право (закон держави) тут отримує значення не основного, а допоміжного принципу, перше місце посідають релігійна мораль, що пов'язує людину обов'язками, і традиції, звичаї. Право розуміється як засіб на випадок крайньої необхідності, а не основа нормального повсякденного життя. Крім того, на думку А.В. Полякова, багатоманітність, а іноді – й незрозумілість постулатів, які неможливо довести і які охоплені законом лінгвістичної відносності, породжують теоретико-пізнавальний плюралізм та анархізм (постійне протиріччя суперечливих методологічних установок),

¹ Міцкевич А.В. Общее (нормативное) понятие права и его место в марксистском понимании // Советское государство и право. – 1988. – № 6. – С. 11.

² Волпенко Н.Н. Сущность, принципы и функции права: Учеб. пособие. – Волгоград: Изд-во Волгоград. гос. ун-та, 1998. – С. 3; Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству: Монография. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 16; Байтін М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Саратов, 2001. – С. 17.

унаслідок чого виникають незрозумілі поняття і теорії, що відкрито або в завуальованому вигляді виступають як ідеологічні концепти¹.

Визначення поняття праворозуміння дає змогу визначити його типи. Тип праворозуміння – це узагальнена ідеологізована модель правового феномена, яка відображає загальні суттєві ознаки певної множини конкретних правових уявлень і понять, які, у свою чергу, відповідають цій ідеологізованій моделі як взірцю². Це певний образ права, що характеризується сукупністю найзагальніших теоретичних ознак і найзагальніших ознак практичного (ціннісного) ставлення до нього.

Право – це і державно-організоване, і соціальне, і психічне, і нормативне явище. Отже, принаймні може бути чотири поняття права: державно-організаційне, соціологічне, психологічне, нормативне. Жодне з них не може дати повного знання про право. Дослідник має приймати як предмет дослідження будь-яку грань і пояснювати інші, відповідно до пріоритету обраної грані³.

Образ права, що склався в межах певного типу праворозуміння, стає основою побудови правової теорії та принципом пізнання правових феноменів. Зокрема, успішне розв'язання проблем праворозуміння важливе не лише саме по собі як правова самоцінність і самодостатність, а й у зв'язку з пізнанням інших, нерозривно пов'язаних із поняттям права явищ та категорій і понять, що їх відображають. Особливе значення при цьому має розроблення проблем, що стосуються форм або джерел права, які загалом і повністю залежать від розв'язання проблем, безпосередньо пов'язаних з уявленнями про право та визначенням поняття права⁴. Отже, тип праворозуміння – це змістовна модель (або концепт) права, що визначається його джерелом⁵.

Об'єктивними умовами, що визначають специфіку розуміння джерел права, є суспільні відносини, особливості ментальності суспільства, форма державного устрою і правління тощо. Ці та інші фактори визначаються особливостями історичної ситуації і соціальним середовищем, у якому формуються зазначені уявлення, та пануючим типом праворозуміння.

¹ Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Изд. дом Санкт-петерб. гос. ун-та, 2004. – С. 11–82.

² Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству: Монография. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 51.

³ Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. – М., 1916. – С. 442.

⁴ Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 13.

⁵ Философия права / П.П. Баранов, В.Ю. Шпак, Е.Е. Несмеянов и др.: Учеб. пособие. – Ростов на/Дону, 2002. – С. 32.

Таким чином, вирішення питання основних форм існування та вияву права є продовженням розв'язання проблем праворозуміння, має теоретичне та практичне значення. Чітке уявлення про те, що таке право, які його форми або джерела, що необхідно розглядати як «правове», а що таким не є, має важливе значення для правотворчої, правоохоронної та правореалізаційної діяльності¹.

Водночас за допомогою уявлень про право можна судити про природу й характер його джерел – і, навпаки, на підставі специфічних особливостей тих чи інших форм або джерел права можна судити про природу і характер самого права. Підтвердженням цього є думка М.М. Коркунова, що викладена в розділі «Визначення права за його джерелом» у праці «Лекції із загальної теорії права», що датуються кінцем XIX століття. Він зазначає, що визначення юридичних норм за їх джерелом об'єктивніше, ніж визначення за змістом. Воно не переходить у судження про право, не вказує, чим має бути право, а має на увазі вказати на відмітні риси насправді існуючих юридичних норм. Такі визначення мають два різновиди. Один визначає юридичні норми як норми, встановлені органами державної влади. Інші – визнають джерелом права суспільство загалом².

У контексті нашого дослідження слід зазначити, що проблема визначення поняття і змісту права й форм його зовнішнього вияву – джерел права – в юридичній та філософській науці має тривалу історію. Якщо поглянути в історію людства й проаналізувати людські роздуми про право, то видно, що вирішення питання про джерела права так само старе, як і думка про саме право.

На шляху пошуку джерела права людина приходила до більш-менш чіткого розуміння права. Тому вирішення питання про джерело права здійснюється у зв'язку із визначенням поняття права. Визначити ж поняття права означає засвоїти право. Тому питання про джерела права може бути зведене до питання про засвоєння, визначення людиною права³. Уперше роздуми про сутність і характер відносин у суспільстві між його суб'єктами з'являються задовго до виникнення держави. Спочатку погляди на порядок регулювання суспільних відносин ґрунтувалися на міфологічному світогляді, згідно з яким, порядок, встановлений на

¹ Там само. – С. 24.

² Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. – СПб., 1898. – С. 62.

³ Чижов М.Ю. Источник и формы права // Антология української юридичної думки. У 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упоряд.: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; Відп. ред. В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 230.

землі, розглядався як складова всесвітнього порядку, воля Бога. Відповідними були й уявлення про місце та роль людини у світі, її права й обов'язки. Такий підхід був характерним для більшості народів, що підтверджується змістом стародавніх пам'яток літератури, мистецтва тощо.

З часом погляди кожного народу набувають специфічного характеру, що обумовлювалось соціально-економічними й політичними факторами існування, але їх об'єднує загальне положення про те, що влада і закони мають божественну сутність, відповідають настановам Бога. Відмінність полягала у визнанні владного суб'єкта. В одному випадку це монарх, який від імені Бога здійснює владу (Китай); у другому – Бог є верховним правителем, законодавцем і суддею (Ізраїль); у третьому – Бог не тільки джерело влади, а й безпосередній учасник встановлення порядку на Землі (Єгипет, Вавилон, Індія).

Пізніше, у VI–У століттях до н. е., з виникненням релігійної течії буддизму, формуються погляди, які заперечують божественну основу держави, порядку та законів у ній. На відміну від своїх попередників, прихильники буддизму вважали, що всесвіт керується природним законом, а всі події – це природна закономірність. Відповідно, життя людей значною мірою залежить від них самих та їхнього знання природного закону. Наближеними до цього були погляди мислителів Стародавньої Греції, де сформувались філософські школи Піфагора, Геракліта, Демокріта, Сократа, Платона, Арістотеля.

Демокрит один з перших заперечував божественне першоджерело законів, які, на його думку, мають природний характер, хоча й породжені людським розумом. Критерієм справедливості та права є відповідність законів вимогам природного права. Підкорення цим законам є запорукою благополуччя держави¹.

Найвидатнішими представниками філософії, які зробили вагомий внесок у розвиток державно-правових концепцій Стародавньої Греції, були Платон та Арістотель. Платон, розвиваючи у свої працях «Держава» та «Закони» вчення Піфагора, визначає справедливість як стан, коли кожний займається своєю справою, не привласнює чужого й не втрачає свого. Його основним засновком є те, що індивід існує для держави, а не вона для нього. Особа поглинається державою, підкоряється їй. Запорукою справедливості є рівність усіх перед державою, яка позбавляє свободи всіх жителів².

¹ Лурье С.Е. Демокрит. – Л., 1970. – С. 373.

² Платон. Закони / Собр. соч. В 4 т. / Общ. ред. А.Ф. Лосева. – М.: Мысль, 1994. – Т. 4. – С. 330–332.

На думку Арістотеля, поняття «право» і «справедливість» тісно пов'язані між собою, але не збігаються. Право уособлює політичну справедливість і служить нормою регулювання політичних відносин людей. Закон, з одного боку, має відповідати вимогам природного права, з іншого – право природне є законним правом, приписом здорового глузду, яким ті чи інші дії, залежно від відповідності чи суперечності природі, визнаються аморальними або морально необхідними¹. Давньогрецький філософ Сократ доводить відсутність відмінності між «законним» і «справедливим». Його підтримує Аристотель. На його думку, право є мірилом справедливості, регулюючою нормою людського спілкування. Таким чином, позитивне та природне право забезпечить рівність і свободу, порядок і справедливість. Право не нав'язується людині, а підкорення йому і виконання обов'язку є безумовним².

Криза грецької державності призводить до змін в уявленні людей про порядок, норми, що існують у суспільстві. Виникає думка, що держава й закон – результат договору між людьми про їх взаємну безпеку. Право – це утвердження справедливості, зміст якої може змінюватися залежно від місця і часу. У цей же період виникає вчення Конфуція, який розглядає позитивні закони як результат діяльності держави, які не можуть сприяти злагодженості в суспільстві, оскільки мають імперативний характер і встановлюють жорстокі покарання за порушення. Система моральних норм, звичаїв – більш ефективний регулятор суспільних відносин не тільки між людьми, а й відносин владування³.

Продовжили дослідження сутності права римські мислителі, теоретичним концепціям яких була притаманна новизна, зумовлена соціально-економічними й політичними умовами життя. Розвиваючи попередні природно-правові уявлення, Цицерон визначає закон природи та права як основу спілкування людей у державі. Природне право виникає раніше держави з її писаними законами, тому останні повинні відповідати вимогам природного права. Критерієм справедливості є відповідність встановлених волею людей законів законам природи. Умовою справедливості в суспільстві є діяльність учасників спілкування згідно із законами⁴.

¹ Аристотель. Політика Соч: В 4 т. Пер. с древнегреч. / Общ. ред. А.И. Довантура. М.: Мысль, 1983. Т. 4. – С. 380–385.

² Державницькі і правові теорії: Історія політичних і правових учень / Р.А. Калюжний, Ю.Клименюк, М.Ю. Наум та ін.: становлення та розвиток: Навч. посіб. – К., 2001. – С. 19.

³ Історія політичних і правових учень: Учеб. / Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Лейста. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. – С. 34–35.

⁴ Цицерон. Диалоги. О государстве. О законах. – М.: Ладомир-Наука, 1994. – С. 150.

Епоха класичного римського права (I–III століття) пов'язана з іменами Ульпіана, Гая, Модестіна, які зробили значний внесок у розвиток вчення про право, зокрема про відмінність природного й позитивного права, права і свободи громадян.

Низка кардинальних перетворень, що відбулися в соціально-економічних відносинах, а саме: розвиток нових форм власності, виокремлення нових станів, поява й утвердження в суспільстві християнства (з 325 року як державної релігії Римської імперії), зумовили виникнення низки нових теоретичних підходів до з'ясування сутності права, ролі його джерел у суспільстві. Особливо важливу роль у цьому процесі відіграло християнство, яке стрімко поширювалося серед народів і використовувалося для з'ясування співвідношення всесвітнього й земного порядку, справедливості та права.

Одним з положень Християнства є ідея божественного походження влади й незаперечного їй підкорення. У Новому Заповіті зазначається: «...нехай кожна людина кориться вищій владі, бо немає влади, яка не від Бога, і влади існуючої встановлені від Бога»¹. В основі права Християнство цього періоду вбачало правду, справедливість, які ідуть від Бога. Правда відкривається людині у вигляді досконалого закону, свободи. Воля людини вважається вільною тільки в межах Божого закону, в служінні йому. Але мало знати закон, необхідно виконувати всі його приписи: «...не слухачі Закону справедливі перед Богом, але виконавці Закону виправдані будуть»².

Це положення закріплюється з появою церкви і посиленням її впливу на регулювання суспільних відносин. Важливу роль у пропагуванні релігійних настанов відіграв Фома Аквінський. Продовжуючи вчення Арістотеля, Аквінський формує свою правову концепцію, ґрунтуючись на понятті справедливості. Право, за його вченням, – це ідея справедливості в божественному порядку людського спілкування. Справедливість полягає у наданні кожному свого – того, що йому належить. Як і Арістотель, Фома Аквінський розрізняє два види справедливості: розподільну й порівняльну. Розподільна справедливість має місце при розподілі благ згідно із заслугами, а порівняльна – це дії задля порівняння чогось. Відповідно до цього існують і види права. Якщо порівняння відбувається за внутрішньою природою речей, то це дія природного права; а коли порівнюються дії за людською волею – то це позитивне (людське)

¹ Новий Заповіт. Послання Павла до римлян. – 13 : 1.

² Там само, 2 : 13.

право. Причому воля людини може робити правом лише те, що відповідає природному праву. Джерелом права є закон. Фома Аквінський стверджував, що існує злагоджена система, яка підпорядкована вічному закону. Вічний закон – це універсальні норми, якими скеровується всесвіт, а всі інші закони випливають із нього. Передусім, це природний закон – відображення вічного закону в розумі людини. Далі в системі законів знаходиться позитивний (або людський) закон, що конкретизує природний закон і за допомогою сили і страху примушує людей досягти добродесності та відмовитись від зла. Критерієм істинної справедливості при цьому є божественний закон. Позитивний закон регулює відносини людей у суспільстві, зовнішній бік життя, а божественний визначає кінцеву мету людського буття, скеровує внутрішню сторону, душевний рух, прагнення людей¹.

Суттєвим внеском у розвиток державно-правових вчень є доробок Марсилія Падуанського, який у своїй праці «Захисник миру» (1324–1326) приділив значну увагу характеристиці соціальних норм, місця норм права в системі соціальних норм, як норм «вищої категорії», надбання людства. Він сформулював ідею верховенства закону в державі, якому повинні підкорятися всі громадяни, у тому числі й законодавці, правителі². Таким чином Падуанський підійшов до проблеми поділу влади в державі. З одного боку, повинні бути законодавці, а з іншого – ті, хто виконує закони. Обранці народу, які приймають закони, повинні визначити концепцію виконавчої влади.

Значний вплив на розвиток державно-правової думки в середні віки справила рецепція римського права, що була викликана об'єктивною потребою врегулювання соціально-економічних відносин, що швидко змінювались. Обсяг запозичення в різних країнах залежав від характеру місцевих звичаїв.

Рецепція римського права є одним з визначальних факторів формування системи джерел права країн Європи. Як явище, що притаманне європейській цивілізації загалом, вона водночас органічніша для Заходу. Західноєвропейський тип рецепції римського права характеризується такими рисами: рутинне вивчення праць глосаторів, коментаторів та представників інших шкіл, які здійснювали теоретичні дослідження

¹ Державницькі і правові теорії: Історія політичних і правових учень / Р.А. Калюжний, О.Ф. Климук, М.Ю. Наум та ін.: становлення та розвиток: Навч. посіб. – К., 2001. – С. 22–23.

² Падуанський М. Захисник мира // Антологія мирової правової думки. В 5 т. Європа V–XVII вв. / Рук. науч. проекта Г.Ю. Семігин. – Т. 2. – М.: Мысль, 1999.

римського права; наявність філософського під'ручтя (вчення про природне право, громадянське суспільство, правову державу тощо); зумовленість рецепції потребами торговельного обігу; паралельність процесів рецепції, яка відбувалася одночасно в декількох країнах; доведення рецепції римського права до логічного завершення (створення на його основі концепцій і доктрин права, проведення кодифікації тощо); фундаментальність кодифікації, її придатність до похідних рецепцій¹.

Для східного (візантійського) типу рецепції характерні: проведення систематизаційних робіт на матеріалах першоджерел, але водночас без глибоких досліджень засад римського права як такого; обмеження філософського під'ручтя християнським вченням у православній інтерпретації, принципове ігнорування положень давньогрецької, римської та іншої філософії; обмеження процесу рецепції у просторі (не лише в межах однієї держави, а й в межах окремих міст чи регіонів); створені кодифікаційні акти не допускають можливості похідної рецепції². Для окремих країн Європи були характерні різні форми рецепції. Насамперед, це використання римського права як взірця при створенні цивільних кодексів у Франції та Німеччині. Загалом для країн, що входять до континентальної системи права, характерне пряме запозичення положень римського права та провідна роль кодифікованих актів у системі джерел права.

Окрім рецепції світського права, країни Центральної і Східної Європи активно запозичали церковне право. Номоканони у православних країнах, як правило, користувались незаперечним авторитетом і запроваджувалися без змін.

XIV–XV століття характеризуються стрімким занепадом феодального устрою і об'єктивно зумовленим пошуком нових форм державності, розроблення нових правових норм, які б регулювали ці відносини.

Провідний політичний діяч Франції Жан Боден у XVI столітті сформулював власну політико-правову концепцію, яку виклав у творі «Шість книг про республіку». Право, на думку Бодена, є досягненням суспільства, що відрізняє державу від додержавного утворення. Він зазначав, що для з'ясування загальних засад права необхідно досягнути всієї системи права, які мали місце в історії людства, використовуючи одночасно історичні й філософські підходи. Це дало йому можливість ствер-

¹ Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х.: Одиссей. – 2002. – С. 54–55.

² Там само.

лжувати, що загальними засадами права є вічна істина, а також універсальні зразки, які відображені в сукупності законодавства різних народів. Позитивне право, що йде від суверена, не може суперечити вимогам природного й божественного права, оскільки він повністю підвладний Богові й не може оголосити Йому війну¹.

Низка буржуазних революцій, що відбулися у країнах Європи наприкінці XVI – на початку XVII століття, стимулювали розвиток суспільних наук, у тому числі й визначення сутності права в нових соціально-економічних умовах, чіткий поділ права на природне та позитивне.

Першим був голландський юрист Гуго де Гроот Гроцій, який поділяв право на природне та внутрішньодержавне. Джерелом внутрішньодержавного права є природне право. Саме поняття права означає не що інше, як те, що справедливе. Суперечить справедливості те, що суперечить природі істот, які мають розум. Виникає право внаслідок вольової діяльності багатьох осіб, слабких самих по собі, які бажають уникнути гніту з боку сильних й об'єднуються для встановлення і дотримання правосуддя, щоб дорівнятися силою могутнім і спільно їх перемагати. Лише в такому розумінні можна визнати правильним вислів: право є воля сильнішого; іншими словами, право не набуває зовнішнього здійснення, якщо воно позбавлене сили для втілення в життя.

Крім природного, на думку Гроція, є інше джерело права, а саме те, що походить від волі Бога, підкорятися якій велить нам наш розум. Є й інше значення слова «право» – однакове з поняттям «закон» у широкому розумінні, а саме як правило моральних вчинків, яке зобов'язує до виконання певних дій. У будь-якому випадку потрібне зобов'язання. Ні поради, ні будь-які інші настанови, що не мають зобов'язуючої сили, не варті назви закону чи права². Найповніше відомості про форми права Гроцій виклав у підручнику «Вступ до голландської юриспруденції»: закон (*lex*) – розумне правило, в якому добродійність набуває публічної користі, – встановлений тим, кому належить влада. За своєю ефективністю закони поділяються на три види: досконалі, недосконалі й майже досконалі. За походженням закони поділяються на природні та позитивні. Природний закон є природженим для людей. Позитивні закони поділяються на божественні та людські. Божественні дані Богом через Ісуса

¹ Боден Ж. Шість книг о республике // Антология мировой философии: В 4 т. Европейская философия от эпохи Возрождения по эпоху Просвещения. – М.: Мысль, 1970. – Т. 4. – С. 144–147.

² Гроций Г. О праве войны и мира. – М.: Мысль, 1991. – С. 49–147.

Христа. Людські позитивні закони поділяються на закони або права народів, або цивільного права. Крім того, існують приватні й публічні договори, звичаї. Останні не забезпечені владою Бога й тому не можуть мати назву «право». Важливим для Гроція джерелом права є авторитетна думка найвідоміших античних та середньовічних мислителів, значення якої полягає у можливості пояснити природне право та право народів. Тому змістові природного права абсолютно ідентичний зміст волевстановленого права¹.

Дослідженню цієї ж проблеми приділив увагу англійський мислитель Нового часу Томас Гоббс, об'рунгувавши ідею відмінності права й закону. У своїй праці «Левіафан, або Матерія, форма і влада держави церковної та громадянської» він стверджує, що необхідно розрізнити *jus* і *lex* – право і закон; право полягає у свободі робити або не робити, водночас як закон визначає і зобов'язує до першого чи другого, відповідно, закон і право відрізняються між собою, так само як зобов'язання і свобода, що є несумісними стосовно однієї і тієї самої речі². Існує природне право та природний закон. Природне право є свобода людини використовувати власні сили на власний розсуд для збереження власного життя. Природний закон є припис або загальне правило, згідно з яким людині забороняється робити те, що шкодить її життю.

Одним із природних законів є справедливість, завдяки якій люди зобов'язані віддавати іншим ті права, збереження яких заважає мирному співіснуванню людей в межах утвореної на основі договору держави. Метою держави є забезпечення безпеки людей, що не може бути гарантована природним законом³. Виконання цього завдання передбачає видання і застосування хороших законів, а хороший закон той, що потрібен для блага народу й одночасно є зрозумілим. Завдання законів полягає не в тому, щоб утримати людей від будь-яких довільних дій, а в тому, щоб дати такий напрям їх руху, за якого вони не нашкодили б самі собі власними невгамовними бажаннями, необережністю.

Обов'язок законодавця – зробити очевидною мету закону, а сам закон сформулювати стисло, точно й виразно. Це дасть можливість зрозуміти причини та мотиви видання закону⁴. Таким чином Гоббс звертає увагу на класифікацію законів, їх зміст, законодавчу техніку.

¹ Павлов А.А. Гуго Гроций. Правовая концепция. – Кострома: КГСХА, 2003. – С. 64–67.

² Гоббс Т. Левіафан, или материя, форма и власть государства церковного и гражданского. – М.: Мысль, 1991. – С. 98.

³ Там само. – С. 260.

⁴ Там само. – С. 271.

Послідовником Гоббса став Бенедикт Спіноза, у «Богословсько-політичному трактаті» якого провідною ідеєю є те, що життєдіяльність людини ґрунтується на «праві природи», як законах і правилах, згідно з якими все відбувається. Існують закони природної необхідності, що походять із самої природи, закони, встановлені волею самих людей для безпечного та зручного життя, та Божий закон, що має на меті найвище благо. Право верховної влади є природне право, яке визначається могутністю народу. Держава – результат суспільного договору, відповідно до необхідності влади й законів стримувати пристрасті людей¹.

З пануванням природного закону в додержавному стані погоджувався Джон Локк, відомий філософ Нового часу. У загальновишарпаній праці «Два трактати про правління» Локк у контексті аналізу поняття і змісту політичного та громадянського суспільства характеризує право.

Змістом політичної влади, на думку Локка, є право створювати закони й застосовувати владу співтовариства для виконання цих законів, і для захисту держави від нападу зовні – і все це лише заради суспільного блага.

Закон, у його істинному розумінні, є не стільки обмеженням, скільки порадицею для вільної і розумної істоти в її власних інтересах. Метою закону є не знищення і не обмеження, а збереження і розширення свободи. Там, де немає закону, немає і свободи. Свобода полягає в тому, щоб не зазнавати обмежень і насильства з боку інших, що не може бути здійснено там, де немає закону.

Закони, які створює законодавча влада, повинні відповідати законам природи, тобто волі Бога, виявом якої вони є. Закони Бога та природи й надані суспільством повноваження встановлюють межі для законодавчої влади. По-перше, вони повинні керувати за допомогою опублікованих встановлених законів, однакових для всіх. По-друге, ці закони призначені для блага народу. По-третє, законодавчий орган не повинен і не може передавати законодавчу владу будь-кому іншому, крім тих, кому її доручив народ². Таким чином визначаються відповідність позитивного права природному та загальні засади законодавчої діяльності, що набули подальшого розвитку й удосконалення.

XVII–XVIII століття увійшли в історію розвитку суспільства як епоха Просвітництва, результат еволюції феодальних відносин у країнах Західної Європи й Північної Америки.

¹ Спіноза Б. Богословско-политический трактат // Трактаты / Предисл. Е.И. Темнова. – М.: Мысль, 1998. – С. 189, 261–354.

² Локк Д. Сочинения: В 3 т. – М., 1988. – С. 293, 335.

Просвітництво відіграло головну роль у формуванні нових державних інститутів та правових систем у Німеччині, Іспанії, Італії та країнах Східної Європи.

Один із найяскравіших його представників – Жан-Жак Руссо вважав, що свобода і рівність є природним станом людини, тому вони становлять природне право. Немає жодних інших прав, і справедливість полягає у визнанні лише цього природного права, у відмові від будь-яких інших історичних прав, які записані в хартіях, звичаях, а також у допущенні лише таких обмежень природного права, на які, відповідно до спільних інтересів, погодилися самі члени громадянського суспільства. Це і є суспільний договір як санкція всіх громадянських установ.

Згідно з концепцією Руссо, свобода можлива у справедливій правовій державі майбутнього, у Конституції якої природні відносини й закони завжди збігаються у всіх пунктах, панує громадянська свобода та право приватної власності¹.

Загалом, головним у вченні французького Просвітництва була природа людини. У природному стані люди керуються природними законами (люди рівні); з появою суспільства та створенням держави виникають писані закони. Державна влада є продуктом суспільного договору. Метою держави є забезпечення невід'ємних прав громадян. Якщо монарх не забезпечує цієї мети, народ може розірвати договір й укласти новий. Значну роль у державі відіграє право, яке регулює діяльність людей за допомогою законів.

Розрізняючи природне й позитивне право, Поль Гольбах уважав головними природними правами свободу, власність і безпеку громадян. Закони держави – як продукт суспільного договору – повинні регулювати відносини в суспільстві, у тому числі й між сувереном і народом. Закони визначають межі повноважень суверена, гарантують природне право людини та свободу².

У період боротьби за незалежність Сполучених Штатів Америки державно-правові концепції набули особливих рис. Ідеї праворозуміння формувались під впливом прибічників природного права Б. Франкліна, Т. Пейна, Т. Джефферсона, Дж. Медісона, які відстоювали ідеї суспільного договору, свободи й рівності прав людини, відповідності позитивного права природному. На думку Пейна, народ є єдиним джерелом

¹ Руссо Ж.-Ж. Рассуждение о происхождении и основаниях неравенства между людьми // Трактаты. – М.: Наука, 1969. – С. 177–178.

² Пустарнаков В.Ф. Философия просвещения в России и во Франции: опыт сравнительного анализа. – М., 2001. – С. 403.

влади. Дж. Адамс та О. Гамільтон серед основних принципів державного устрою називають принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу, судову («На захист Конституції урядової влади в США» Дж. Адамса), що сприятиме стабільності держави і забезпечить інтереси її громадян. Ці ідеї відображено в Конституції США і значно вплинули на подальший розвиток світової правової думки¹, формування головних засад правотворення і правотворчості, законотворчості.

Важливе значення для розвитку вчення про право та його джерела мали ідеї провідних учених Європи XVIII–XIX століть. Розвиваючи ідеї попередніх мислителів, В. Ге'ель у працях «Про наукові способи дослідження природного права, його місце у практичній філософії та його ставлення до науки у позитивному праві», «Феноменологія духа», «Філософія духа» і «Філософія права» сформулював концепцію права, моралі, моральності та їх співвідношення. Він заперечує протиставлення природного права позитивному, оскільки природне право є основою позитивного права як наявного буття свободи. На думку філософа, закон може за своїм змістом відрізнитися від права. Те, чим є право згідно з розумом (з ідеєю), і те, що має місце в певному законодавстві у значенні чинного права, утворюють дві різні категорії. Право й закон не тотожні. Субстанційну сутність природного права становить людська свобода, модифікацією цієї сутності є звичаї, договори, закони, правові принципи, судова практика. Усе право відтак не є творінням державного законодавця. Закони можуть суперечити логосу права, що й змушує мислителя досліджувати проблему неправих законів, проблему неправу².

Поняття права розглядається Г. Ге'елем на рівні «об'єктивного духу» – суспільної свідомості, яка є результатом розвитку індивідуальної свідомості, існує у формі колективного духу, в межах якого суспільство усвідомлює закони свого розвитку. Дух дорівнює моралі, звідси формула права: мораль – правовий стан – моральність. Право – це наявне буття свободи³.

Й. Фіхте вводить поняття правового закону, який має на меті врегулювання діяльності людей для реалізації особистої свободи. Іншими словами, особиста свобода може бути досягнута тільки шляхом встановлення панування закону, що можливе лише за умови примусу держави,

¹ *История политических и правовых учений: Учеб. / Под ред. О.Э. Лейста. – С. 355–363.*

² *Гегель Г. Философия права. – М.: Мысль, 1990. – С. 137–153.*

³ Там само.

який є результатом договору людей. Загальна воля людей – основа законодавства¹.

Значний внесок у розвиток концепції природного права зробив німецький філософ І. Кант. Розрізняючи поняття права у вузькому значенні слова (позитивне, або статутне право) та в широкому (право справедливості та право крайньої необхідності), зауважує, що будь-яке право залежить від закону. І. Кант розглядав право як абстрактну теорію понять, результат роботи чистого розуму, але водночас зауважував, що поняття «право» – це чисте, але спрямоване на практику поняття. Крім того, на думку І. Канта, право – це сукупність умов, за допомогою яких свавілля однієї особи збігається зі свавіллям іншої з точки зору загального закону свободи². Право має загальнообов'язковий характер і забезпечується примусом. Носієм цього примусу, сили є держава, як об'єднання людей, що підкоряються правовим законам³. Філософія І. Канта з'ясувала дві суттєві сторони права: вона визнала його формою і дивилась на нього, як на умову досягнення певної мети.

Наприкінці ХІХ– на початку ХХ століття торкнувся проблеми праворозуміння Р. Ієринг. Звертаючи увагу на остаточну невизначеність терміна «право», він відзначає його вживання у двох значеннях: в об'єктивному – як сукупність захищаних державою правових настанов, та в суб'єктивному – як конкретний вияв абстрактних правил у конкретній правоздатності особи. Крім того, право у вченні Р. Ієринга виступає у зв'язку з об'єктивно існуючими соціальними відносинами, є продуктом цих відносин, а не результатом державного волевиявлення⁴. Об'єднуючи формальний та змістовий аспекти, дослідник визначає право в душі його соціологічного сприйняття як юридично захищений інтерес, або забезпечення життєвих умов суспільства у формі примусу.

Засновником соціологічного напряму в юриспруденції був Є. Ерліх, на думку якого, право – це об'єктивне, незалежне від прямого волеустановлення явище – так зване «живе право». Крім того, існують правові положення, встановлені судовими рішеннями й законодавством, що покликані охороняти живе право. Отже, провідною тезою вченого є те, що

¹ Фихте И. Г. Замкнутое торговое государство // Сочинения в 2 т. – Т. 2. – СПб, 1993. – С. 285–286.

² Кант И. Из лекций по этике (1870–1872 гг.) // Этическая мысль: науч.-публицистические чтения. – М., 1988. – С. 80–84, 100–111; Кант И. Идея всеобщей истории во всемирногражданском плане // Соч.: В 6 т. – М., 1965. – Т. 6. – С. 139.

³ Кант И. Метафизика нравов // Соч.: В 6 т. – М., 1965. – Т. 4. – Ч. II. – С. 233.

⁴ Иєринг Р. Борьба за право. – СПб., 1908. – С. 5–6.

попри державний характер права, воно врешті-решт ґрунтується на людських стосунках¹. Пізніше в межах даного підходу було сформульовано декілька концепцій, спільним для яких є сприйняття права як «живого» явища, яке протистоїть закону, що встановлений державою, і часто суперечить існуючим суспільним відносинам, які обумовлені об'єктивними законами суспільного розвитку².

У першій половині ХХ століття один із провідних теоретиків права І. Кельзен заснував теорію нормативізму («чистого вчення про право»). На думку вченого, існуюча правова форма, що являє собою норму, підтримується примусом і превалює над змістом. Не має значення зміст Конституції або створеного на її основі правового порядку: не важливо справедливий він чи ні, забезпечує він стан миру в межах конституційованого ним співтовариства чи ні. При постулюванні основної норми не стверджуються цінності, окрім тих, що належать до позитивного права. Отже, право – це система нормативних належностей, необумовлених соціальною реальністю. Право – особливий соціальний порядок, що передбачає ієрархічну систему норм, на найвищому шаблі якої знаходиться «основна» норма. На думку вченого, норма, яка ніким і ніколи не застосовується і не дотримується, навіть найменшою мірою не вважається дійсною правовою нормою³.

Яскравими представниками юридичного позитивізму є І. Бентам, Дж. Остін, Г. Харт. І. Бентам; обґрунтовуючи принцип користі у праві, дійшов висновку, що ідея природного права є хибною, оскільки корисність впливає не з раціонального, а з емпіричного. Замість того, щоб вводити всі притаманні людині від природи якості в закон, слід давати можливість реалізовуватися лише тим, які відповідають критерію корисності. Виявам тих природних якостей людини, які цьому критерію не відповідають, законодавство має протиставляти найсуворіші закони. Водночас закон – це акт волі, а законодавство – мистецтво правління, складова частина етики, покликана спрямовувати дії людей. Дослідник називав природне право лабіринтом омани; джерело прав людини необхідно шукати не у природі людини, а в позитивному законодавстві.

¹ Румянцова В.Г. Социологическая юриспруденция в творчестве Р. фон Иеринга, С.А. Муромцева, Е. Эрлиха, Р. Панда: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2002. – С. 15.

² Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству: Монография. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 129.

³ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. – Вып. 4. – М., 1987. – С. 19–22.

Право – інструмент держави, яка не бажає аналізувати зміст його норм¹. Саме це стало основним положенням позитивістської теорії на початку ХХ століття. Послідовником І. Бентама вважають Д. Остіна, у концепції якого право – це виражений певним чином наказ суверена. Рішення судів розглядаються як частина позитивного права на тій підставі, що вони визнаються сувереном, тобто виносяться з його мовчазної згоди. Звичай набуває сили закону лише в тому випадку, коли законодавець або суддя надає йому сили правових норм. Те саме правило стосується і позицій вчених та практики приватних юристів².

Таким чином, зміна історичних типів філософських концепцій обумовлює послідовні зміни уявлень про генезис права, унаслідок чого сформувались чотири основні типи праворозуміння: природно-правовий, позитивістський, історичний, соціологічний.

Аналіз природно-правових поглядів мислителів різних часів дає змогу констатувати, що з'ясування сутності джерел права як формального вияву права, з точки зору природно-правового підходу, у вигляді вихідного засновку протиставляється чинному позитивному праву при одночасному існуванні природного (істинного) права та позитивного (неприродного).

Проблеми співвідношення права й закону традиційно розглядалися у контексті свободи, справедливості, обмеження влади держави, відстоювання суспільних інтересів. Природне право має бути критерієм права позитивного, діяльності правотворчих органів влади, їх значення та цінності для регулювання суспільних відносин. Тлумачення змісту джерел права та їх значення здійснюється з точки зору моральних уявлень про право. Згідно із природно-правовим розрізненням права й закону, право об'єктивне в сенсі його природності, принципово протиставляється штучності позитивного права (водночас і його суб'єктивності, довільності тощо).

На думку прибічників юснатуралізму, право не зводиться до закону, оскільки воно походить не від держави, а від природи в широкому розумінні цього слова, і виражає не волю держави або конкретного правителя, а природні закономірності буття. Законодавець не створює право, а тільки надає офіційної форми тому праву, що існує у природі як право

¹ Бентам І. Введение в основания нравственности и законодательства. – М., 1998. – С. 396.; Зорькин В.Д. Буржуазный либерализм в Англии. И. Бентам // История политических и правовых учений / Под ред. В.С. Нерсисянца. – М., 1983. – С. 315.

² Мартышина О.В. Дж. Остин (юридический позитивизм) // История политических и правовых учений: Учеб. для вузов / Под ред. О.В. Мартышина. – М., 2004. – С. 297.

ностіне, незмінне, досконале. Фіксація в законі такого права надає самому закону правового характеру, виникає правовий закон¹. Отже, з природно-правових позицій трактування права, правової цінності закону й держави підмінється їх моральною та релігійною оцінкою з позицій будь-якого морального або морально-правового уявлення про зміст природного права. Закон буває правовим і неправовим, він може бути формою офіційно-владного визнання, нормативної конкретизації і захисту як природних, так і неприродних вимог, дозволів і заборон.

Закон є правовим явищем лише в тому випадку, коли він розглядається як форма виразу права. Отже, принцип правової рівності отримує державно-владний захист і визнання; це позитивне право.

Правовий закон буде правовим лише в тому випадку, коли він є формою вираження об'єктивно обумовлених властивостей права; адекватно виражає право в його офіційній визнаності, загальнообов'язковості, визначеності й конкретності, необхідних для чинного позитивного права. Стаючи законом, право позитивується².

Водночас регулятивний, джерелознавчий аспект відмінності між правом і законом з позитивістської точки зору полягає в тому, що нині чинне право фіксується за допомогою низки джерел, одним з яких є закон³.

Позитивістська правова традиція пропонує тільки формальне розрізнення права й закону; останній у даному випадку розглядається як одна з форм права.

Основними рисами позитивізму є такі: заперечення природної сутності права і його розуміння тільки як примусово-владного засобу, заперечення самостійної цінності права і її підміна користю закону, зведення юриспруденції до законодавства; ігнорування правового значення конституційних положень про природні права та свободи людини тощо.

Як зазначалося вище, позитивізм побудований на протиставленні позитивного непозитивному (природному), без чого сам позитивізм неможливий.

На думку прибічників позитивістського підходу, право є мірою свободи, яка визначається державою і закріплюється в її законах. Таким чином, право тотожне закону. Держава – єдине джерело права; ні соціаль-

¹ Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Изд. дом Санкт-петерб. гос. ун-та, 2004. – С. 497.

² Проблемы общей теории права и государства: Учеб. для вузов / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 148–162.

³ Муравский В.А. Соотношение закона и права с актуально-правовой точки зрения // Право и образование. – 2004. – № 6. – С. 29.

но-економічні, ні політичні чинники не впливають на його зміст, а отже, його вияви – джерела права.

З таких позицій, що зводять право до закону та ототожнюють їх, по суті справи, неможливо зазначити щось змістовне про закон (позитивне право), оскільки з цієї точки зору неможливо виявити, формою вираження якого саме змісту (правового чи довільно-протиправного) є закон. Тут існування закону у вигляді права передусім тій правовій сутності (і тому правовому змісту), виразом якої цей закон як носій права має бути. Для позитивізму закон (усі джерела позитивного права) є, по суті, джерелом права у матеріальному сенсі, оскільки з цього погляду закон не виражає і формулює право, а породжує та формулює його. Звідси характерні для такого підходу «юридичні ілюзії» про всемогутність закону та необмежену здатність законодавця творити на власний розсуд будь-яке право.

На думку В.С. Нерсесянца, власним наказом держава породжує право – таке кредо даного типу праворозуміння. Отже, позитивістська юриспруденція з'ясовує два емпіричні факти: 1) виявляє, систематизує, класифікує види (форми) цих наказів (примусово-обов'язкових установлень) офіційної влади, тобто формальних джерел чинного права; 2) з'ясовує позиції законодавця, тобто нормативно-регулятивного змісту відповідних наказів влади як джерел (форм) чинного права. Легізм (у всіх його варіантах – від старого легізму та етатистського тлумачення права до сучасних аналітичних і нормативістських концепцій юридичного неопозитивізму), ототожнюючи право й закон, відриває закон як правове явище від його правової сутності, заперечує об'єктивні правові якості, характеристики закону, трактує їх як продукт волі законовстановлюючої влади. Примусовість при цьому тлумачиться як правовизначальний, правоутворюючий фактор, як силове першоджерело права¹.

Усе, що виходить за межі емпірично даного позитивного права, усі роздуми про сутність права, цінність права тощо позитивісти заперечують як щось метафізичне, яке не має правового сенсу та значення. Позитивістська гносеологія заперечує, таким чином, теорію права і визнає лише вчення про закон, законодавства, предметом якого є догма права, тобто сукупність основних положень про чинне (позитивне) право, про засоби, правила та прийоми його вивчення, тлумачення, класифікації тощо. Вивчення, коментування, класифікація та ієрархізація джерел позитивного права, виявлення їх нормативного змісту тощо є важливою час-

¹ Нерсесянц В.С. Современное правопонимание: основные концепции // Журналистика и право. – Вып. 16. – 1999. – С. 1.

гиною пізнання права. Але позитивістське обмеження теорії права роботою догми права, по суті, означає підміну власне наукового вивчення права його формально-технічним описом, зведення правознавства до законознавства¹. Далі всіх у цьому напрямі пішов російський дореволюційний юрист В.Д. Катков. Реформуючи юриспруденцію за допомогою «загального мовознавства», він пропонував взагалі відмовитися від слова «право» і користуватися замість нього словом «закон», оскільки в реальності немає особливого явища право².

Отже, як джерела права визнаються тільки офіційно прийняті або визнані органами державної влади правові акти – закони, підзаконні, нормативно-правові акти, загальнообов'язкові до виконання, що забезпечується владним примусом держави, який є першоджерелом права.

Розглядаючи право як історичне явище, що органічно розвивається із шкідливою упродовж історії, представники історичної школи права виступили проти ототожнення права й закону та відстоювали залежність права від національного середовища³. На думку Г. Пухти, все встановлене законом, видане в конституційному порядку, вже має силу права, загальної волі, не через зміст, а за формою вираження. Законодавча діяльність є одним із важливих завдань верховної влади, але полягає вона лише у вираженні загальної волі. Право, що виникає таким чином, називається законином. Об'єктивне історичне спостереження набуло у Ф. Савіньї та Г. Пухти характеру односторонньої органічної теорії, що виключала ідею свідомої особистої творчості та приписувала правоутворення знеособленому народному духу⁴. Як прибічник історичної школи права, І.В. Михайловський також уважав право одним із виявів народного духу, що підпорядковується законам органічного розвитку, створюється людиною свідомою діяльністю людини. Законодавець – тільки виразник народного духу, а звичай і закони – це форми розпізнання права, що знаходяться у глибині народного духу⁵.

Прихильники соціологічної концепції зосереджують увагу на умовах виникнення і розвитку правових відносин, що передують нормам, виданим державою. Матеріальний зміст права розуміють як похідну від еко-

¹ *Проблеми общей теории права и государства: Учеб. для вузов / Под ред. В.С. Нерсесянца.* – М.: Норма, 2004. – С. 142–146.

² *Катков В.Д.* Реформированная общим языковедением логика и юриспруденция. – СПб., 1913. – С. 391, 407.

³ *Пухта Г.Ф.* Энциклопедия права. – Ярославль, 1872. Цит. за: *История философии права.* – СПб., 1998. – С. 325–341.

⁴ *Новгородцев П.И.* Историческая школа юристов. – СПб., 1999. – С. 97.

⁵ *Михайловский И.В.* Очерки философии права. – Томск, 1914. – Т. I. – С. 228.

номіки категорію. Відносини володіння, власності за своєю природою такі, що можуть існувати до закону й поза законом. І якщо писаний закон нехтує такою специфічною природою відносин володіння і власності, а тим більше буде нав'язаний природному перебігу подій у відносинах між власниками товарів, то такий закон не може бути визнаний правовим й ефективним. Право й закон, таким чином, не тотожні. Право у своїй цілісності є поняттям соціологічним, а не юридичним. Юридично – право, як стверджують соціологи права, є лише формою (порядком) певного змісту (економічного, політичного, соціального тощо).

Основу позиції К. Маркса, Ф. Енгельса, В. Леніна становили провідні ідеї німецької класичної філософії, на підставі яких К. Маркс разом з Ф. Енгельсом об'рунтували ідеї історичного матеріалізму й пояснили як з одного укладу суспільного життя внаслідок розвитку виробничих сил розвивається інший, вищий. К. Маркс, Ф. Енгельс і В. Ленін сформувався як юристи у країнах, що належали до романо-германської правової сім'ї. Їхнє вчення багато чого запозичило від юридичного позитивізму, який набув значного поширення у середині ХІХ століття. Основні постулати цього вчення є продовженням ідей Гегеля щодо визнання права як міри свободи, утвердження держави як гаранта справедливості, а права – як волі законодавчого органу держави. Право є всезагальним позитивним правом; відповідно до цього, свобода в державі існує лише у вигляді закону. Законодавець лише формулює закони. Відображає у свідомих позитивних законах внутрішні закони духовних відносин. Право визначається матеріальними відносинами, оскільки міра свободи кожного класу визначається економічними умовами його існування; засадничі правові принципи являють собою базис; економічні відносини розвиваються всупереч законам держави, які забороняють, усувають або обмежують такі відносини!

Революційні події 1917 року сприяли певному пошквалюванню досліджень у сфері праворозуміння, правотворчості, джерел права. Це, насамперед, було зумовлено потребою об'рунтування законності нового державного ладу, актів нового уряду, створення нової законодавчої бази. Докорінний злам основ старого ладу зумовив відмову від правової доктрини дореволюційного періоду й формування власних принципів розбудови держави та правової системи країни. Таким чином, з'явилися нові підходи до визначення форм об'єктивації права. Зокрема, великі сподівання нова влада поклала на революційну правосвідомість як джерело права, її верховенство.

¹ Маркс К., Енгельс Ф. // Сочинения. Т.1. – М.: Гос. изд-во полит. лит-ры. 1955. – С. 162.

Після Жовтневих подій 1917 року правознавство фактично замінила офіційна ідеологія, згідно з якою поняття права політизувалося та зводилося до волі панівного класу, що закріплювалася законом та охоронялася силою державного примусу, хоча іноді і здійснювалися спроби відійти від вузьконормативного підходу.

Правову доктрину в перші роки радянської влади характеризувало так: праву була призначена виключно службова (обслуговуюча) роль; питання про законність як правовий режим узагалі не ставилося; підкреслювалася свобода суддів та адміністраторів відступати від вимог нормативно-правових актів з мотивів доцільності; допускалась децентралізація правотворчості, коли судді на місцях вирішували, кого та за що судити; державною владою було визнано пріоритет політичної точки зору над юридичною¹. На думку Н. Неновськи, в цей період держава як суверенна влада в певному розумінні зливається з диктатурою пролетаріату, що виявляється як її знаряддя. Над ним не стоять будь-які закони чи верховні абстрактні природно-правові принципи, які могли б пов'язувати його абсолютно. Будь-який закон, у тому числі й конституційний, будь-коли може бути змінено чи скасовано, якщо потреби класового панування викличуть таку необхідність².

Вчення К. Маркса про право справило суттєвий вплив на радянську юридичну науку. Радянські дослідники розвинули ці ідеї, стверджуючи, що всі закони справедливі, оскільки їх видає радянська держава, яка виражає інтереси всіх.

Точкою відліку для соціалістичного праворозуміння стало одне з положень Маніфесту Комуністичної партії: право – це зведена до закону воля панівного класу, зміст якої визначається матеріальними умовами життя цього класу³. Положення К. Маркса, В. Леніна про буржуазне «рівне право» при соціалізмі та його відмирання при наближенні до комунізму сприяли створенню концепції класового права, яка, по суті, заперечує будь-яке право і становить послідовне виправдання антиправової ідеології, антиюридичного (пролетарського, комуністичного) світогляду, практики і політики⁴.

¹ Ромашов Р.А. Проблема соотношения понятий «право» и «закон» в контексте исторического и юридико-лингвистического анализа: Відкрита лекція. – К., Симферополь: Інститут держави та права ім. В.М. Корещького НАН України: Логос, 2007. – Серія науково-методичних видань «Академія порівняльного правознавства». – Вип. 4. – С. 12 – 13.

² Неновски Н. Единство и взаимодействие государства и права. – М., 1982. – С. 108.

³ Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. – М.: ИКД «Зерцало» – М», 2002. – С. 288.

⁴ Нерсесянц В.С. Философия права. Учеб. для вузов. – М.: НОРМА, 2001. – С. 174.

Історія формування і розвитку соціалістичної теорії права і загалом юридичної науки – це історія заміни правової ідеології ідеологією пролетарською, комуністичною, марксистсько-ленінською. Це радикальне заперечення попередніх уявлень про право й побудова класової науки про класові державу та право, це заперечення права, його об'єктивної природи та сутності. Сутність неправової ситуації у країні, що склалася після пролетарської революції, не у відсутності законів, а у відсутності правових законів, у невизнанні та запереченні будь-якого права як принципу буржуазного, антисоціалістичного, контрреволюційного, старого права¹. Концепцію нового, революційного, пролетарського права як засобу здійснення диктатури пролетаріату проводив у життя Д.І. Курський, який вважав, що право в умовах диктатури пролетаріату – це вираження інтересів пролетаріату, а діяльність революційних народних судів – нове джерело правотворчості. Суддя ж керується виключно власною революційною правосвідомістю².

Праворозуміння радянського періоду характеризується переважно соціологізованим тлумаченням природи права, його соціального призначення в суспільстві й державі. Основними представниками цього підходу були П. Стучка та М. Райснер. На їхню думку, право має класову, службову роль, це порядок суспільних відносин, вигідний правлячому класові. Класове насильство, пропущене крізь призму революційної правосвідомості, є революційною правотворчістю. Диктатура пролетаріату не виключає, а передбачає правове регулювання суспільних відносин, а право є знаряддям диктатури пролетаріату, і тому його необхідно сприймати як «пролетарське» право і протиставляти «буржуазному». Останнє разом із буржуазною державою повністю знищується пролетарською революцією. Ця ідея відображала внутрішню, принципову несумісність права та соціалізму, неможливість юридизації соціалізму та соціалістичності права³. Щодо співвідношення права й закону, то, на думку П. Стучки, у нормативно-правовому значенні вони ототожнюються, але правовими формами, крім закону, є правові відносини та ідеологія. На думку Є. Пашуканіса, соціалістичне право – це останній тип права, правова форма економіко-вартісних буржуазних відносин. При соціалізмі право є технічним інструментом, який сприяє утвердженню реальності, а не тільки формальної рівності. Саме Є. Пашуканіс був ініціатором перейме-

¹ Там само. – С. 163, 175–176.

² Курский Д.И. Избранные статьи и речи. – М., 1948. – С. 38.

³ Нерсисян В.С. Философия права: Учеб. для вузов. – М.: НОРМА, 2001. – С. 188.

цування пролетарського права на соціалістичне, маючи на увазі систему норм права¹.

Але визначальною на тривалий час для радянського праворозуміння була дефініція А. Вишинського, оголошена на Всесоюзній юридичній нараді (1938): право – це сукупність правил людської поведінки, встановлених державною владою (як владою панівного в суспільстві класу), а також звичаїв і правил співжиття, санкціонованих державною владою, здійснюваних у примусовому порядку за допомогою державного апарату². Відсутність на цій нараді згадок про інші джерела права фактично означала заперечення їх як джерел соціалістичного права. До них були віднесені тільки правила поведінки, встановлені у законодавчому порядку. Ці акти стали називатися законодавством, а законодавство стало синонімом права. За своїм типом праворозуміння, запропоноване А. Вишинським, є легістським, оскільки в його основі лежить ототожнення «права» і «закону». Право – це сукупність або система правил (законів), що має своїм призначенням турботу про підкорення членів суспільства пануючим у даному суспільстві класовим інтересам³.

Розмежування понять «право» і «закон» не мало політико-соціального сенсу в умовах радянського суспільства, коли заперечувалось існування природного права й не було перспективи відшукати духовний зміст права.

Під джерелом права радянський юрист розумів, насамперед, економічний устрій суспільства, який, згідно з марксистською доктриною, визначає і зумовлює правову систему. Успішні засоби виробництва та влада народу є головним джерелом права. І лише в другу чергу радянська доктрина називає джерелами права ті технічні засоби, за допомогою яких у даній країні створюють чи уточнюють юридичні норми. Ідеться, передусім, про закон як формальне джерело права.

Марксистсько-ленінська доктрина заперечувала принцип поділу влади, а найвищим органом державної влади в СРСР визнавалася Верховна Рада СРСР, яка приймала закони. Про незалежність судової влади не йшлося. Аналогічно не йшлося про розвиток практики видання декретів-законів, про відмінність між законом і регламентом. Радянська доктрина розглядала практику видання декретів-законів, а також видання і поширення автономного нормоутворення виконавчої влади в західних країнах як замах на принцип народного суверенітету.

¹ Пащуканис Е. Государство и право при социализме // Советское государство. – 1936. – № 3. – С. 8.

² Основные задачи науки советского социалистического права. – М., 1938. – С. 138.

³ Там само. – С. 170.

Водночас тлумачення права як системи встановлених або санкціонованих державою правил поведінки – норм – відіграло і свою позитивну роль. Воно орієнтувало громадян і правозастосовні органи на одноманітне розуміння та реалізацію правових норм, на необхідність шанобливого ставлення до чинного законодавства. Таким чином нормативне розуміння права стало теоретичним підґрунтям для формування режиму законності¹.

Перші змістовні наукові дослідження права та форм його вияву з'явилися у другій половині 40-х років, після перемоги Радянського Союзу у Великій Вітчизняній війні. Це праці М.Г. Александрова та С.Ф. Кечек'яна², в яких обґрунтовувались переваги правової системи соціалізму, радянської влади й радянського права.

60-ті роки ХХ століття ознаменувались проведенням масштабних кодифікаційних процесів, що зумовило значне поживлення загальнотеоретичних досліджень форм і джерел права. Зокрема, Р.Ф. Васильєв, С.Л. Зівс, Г.І. Муромцев, О.В. Міцкевич, І.Б. Новицький, С.А. Сосна, Ю.О. Тихомиров, О.П. Шебанов глибоко та всебічно підійшли до аналізу зазначеної проблеми³. Завдяки зусиллям А.А. Піонтковського, С.Ф. Кечек'яна та інших, дослідження проблеми співвідношення змісту й форми в межах марксистського праворозуміння активізувалося: відбувся відхід від визначення права, даного А. Вишинським; право стало розглядатися у вузькому й широкому розумінні: відповідно як сукупність норм, встановлених державою, та як сукупність норм, правовідносин і правових знань або як єдність правової норми, правовідносин та правосвідомості. У межах широкого праворозуміння виділилися декілька течій, серед яких філософський (В.С. Нерсисянц) та соціологічний (В.П. Казимірчук)⁴. Своєю критикою визначення права 1938 року прибічники «ши-

¹ *Вопленко Н.Н.* Сущность, принципы и функции права: Учеб. пособие. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 2004. – С. 4.

² *Александров Н.Г.* Понятие источника права // Ученые записки ВЮИОН. – Вып. 8. – М., 1946. – С. 49–51; *Кечек'ян С.Ф.* Советское социалистическое право и его источники / Тр. Юбилейной сессии Акад. обществ. наук. – Москва, Сессия 1947, октябрь. – М., 1947. – С. 165–183.

³ *Васильев Р.Ф.* Правовые акты органов советского управления. – М., 1980; *Зивс С.Л.* Источники права. – М.: Наука, 1981; *Кечек'ян С.Ф.* О понятии источника права // Ученые записки Моск. гос. ун-та. Тр. юрид. ф-та. – М., 1955. – Вып. 116. – Кн. 2; *Муромцев Г.И.* Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции. – М., 1987; *Мицкевич А.В.* Акты высших органов Советского государства. – М., 1967; *Новицкий И.Б.* Источники советского гражданского права. – М., 1959; *Сосна С.А.* Источники права. – М., 1985; *Тихомиров Ю.А.* Теория закона. – М., 1982; *Шебанов А.Ф.* Форма советского права. – М.: Юрид. лит., 1968.

⁴ *О понимании советского права. «Круглый стол» // Советское государство и право.* – 1979. – № 7. – С. 56–74; № 8. – С. 48–78.

рокого» підходу подолали утворену монополію офіційного «праворозуміння» та поклали край «монолітній єдності» на «правовому фронті». З виникненням і зміцненням нового підходу почався поступовий, але неупинний процес руху до плюралізму наукових поглядів та позицій у радянській юриспруденції¹.

Під час дискусії критикувався вузьконормативний підхід до права, але в результаті дискусії так і залишилася нерозв'язаною проблема формування єдиної концепції праворозуміння.

З методологічної точки зору, відмінність між зазначеними підходами не принципова, оскільки вони ґрунтуються на положеннях радянського права, яке ототожнювалося з радянськими законами. Під нормою права в обох випадках малась на увазі норма законодавства, похідними від якої є правовідносини і правосвідомість². Водночас існували й інші позиції. Зокрема, на думку Я.М. Магазінера, джерела права – це загальнобов'язкові форми вираження права: закон, звичаєве право, практика державних установ. Від цього поняття слід відрізнити «джерела права» в розумінні джерел пізнання права (наприклад, Закони XII таблиць), а також у розумінні правотворчих фактів (суспільна правосвідомість, економіка, політичне життя)³.

При всьому позитивному значенні зазначених досліджень необхідно констатувати, що змішування сутності права з основними сферами його вияву в житті суспільства розмиває поняття права, перетворюючи його на форму суспільної свідомості або засіб соціальної регуляції. Якщо включити в право норми, правовідносини та правосвідомість, то феномен права структурно не буде дуже відрізнятися від моральної форми суспільної свідомості. Якщо відносити до явищ права ще й інші елементи (принципи, права й обов'язки, правопорядок тощо), то воно ототожнюється з поняттям юридичної надбудови, правової системи суспільства. Крім того, включення в поняття права правосвідомості, правовідносин прав та обов'язків призводить до зникнення міцного критерію законності⁴.

Широке праворозуміння є, по суті, соціологічним. Прибічники цього напрямку підкреслюють соціально-просторову невідповідність закону та права: право, окрім закону, «вбирає» в себе низку суміжних явищ (пра-

¹ *Нерсесянц В.С.* Философия права: Учеб. для узов. – М. НОРМА, 2001. – С. 319.

² *Нерсесянц В.С.* Наш путь к праву. От социализма к цивилизму. – М., 1992. – С. 286.

³ *Магазинер Я.М.* Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. А.К. Кравцов. – СПб.: Изд. Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 69.

⁴ *Вопленко Н.Н.* Сущность, принципы и функции права: Учеб. пособие. – Волгоград: Волгоград. гос. ун-т, 1998. – С. 10–11.

вовідносини, права та обов'язки, правосвідомість, фактичні норми). Іноді як право розглядається вся сукупність суспільних відносин, що характеризують фактичне становище індивідів і соціальних груп.

Коли йдеться про якісну відмінність між законом і правом, широкий підхід відразу демонструє еkleктизм і відсутність будь-якої одноманітності: частина вчених іде по природному шляху, розглядаючи право як вираження справедливості; інші – зупиняються на позитивізмі, характеризуючи право як систему норм¹.

При цьому широкий підхід орієнтує на розрізнення права й закону.

Водночас зрозуміло, що право й закон – це не тотожні поняття, однак тенденція до їх несумісності, розриву між ними негативно впливає на ставлення до закону та правопорядку в країні, сприяє правовому нігілізму².

У радянський період через ототожнення джерела права з нормативно-правовим актом майже відсутні дослідження інших джерел права. Винятком є деякі праці критичного або історичного характеру. Важливим став вихід у 1968 році монографії О.П. Шебанова «Форма радянського права», у якій автор застосував системний підхід до дослідження нормативно-правових актів.

Пізніше С.С. Алексєєв також вдався до дослідження окремих аспектів нормативно-правових актів. Лише у 1981 році з'явилося комплексне дослідження джерел права у праці С.Л. Зівса «Джерела права», а у 1982 році – праці Ю.О. Тихомирова «Теорія закону», де в межах існуючої парадигми була розроблена теорія джерел права. Головним джерелом права визнавалася Конституція, принцип верховенства Конституції був основним принципом формування системи законодавства.

Важливим внеском у розвиток проблем розуміння права та джерел права в цей період були праці Д.А. Керімова. Він стверджує, що право необхідно розуміти не як застиглу сукупність норм, а як діяльність суб'єктів правовідносин, правову діяльність, фактичний правопорядок тощо. На його думку, в поняття права включаються, по-перше, правові принципи, тобто стійкі основи правової свідомості та головні напрями правової політики; по-друге, правові приписи, що мають як нормативний, так і ненормативний характер; по-третє, правові дії, що безпосеред-

¹ Муравський В.А. Соотношение закона и права с актуально-правовой точки зрения // Право и образование. – 2004. – № 6. – С. 30–31.

² Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия: власть и правопорядок // Государство и право. – 1994. – № 1. – С. 5; Кудрявцев В.Н. О правопонимании и законности // Государство и право. – 1994. – № 3. – С. 5–6.

ньо реалізують правові принципи та приписи, втілюють їх у реальну дійсність, у правову сферу життєдіяльності суспільства¹. Але право – не діяльність суб'єктів, а особливий регулятор цієї діяльності.

На думку Д.А. Керімова, багатоаспектність поняття права визначає підхід, відповідно до якого поняття права має бути єдиним, але може мати декілька визначень. При цьому кожне з визначень різних аспектів права не дає уявлення про поняття права як єдине ціле, особливе явище. Відповідно виникає потреба у визначенні єдиного поняття права².

На початку 80-х років В.С. Нерсесянц висунув лібертарно-юридичну концепцію розрізнення права й закону, що об'рунтовувала розуміння права як загальної форми та рівної міри свободи індивідів³.

Таким чином, дослідження процесів формування права як системи певних принципів і норм, форм його вияву, має досить тривалу історію і бере свій початок від часів античності в Стародавній Греції та Стародавньому Римі.

У період середньовіччя право сприймалось як стиль життя, а не наказ влади. Значний вплив на процес праворозуміння справило прийняття християнства, основні постулати якого не протиставляли природне й позитивне право.

Вважалося, що крім права, встановленого державою, існує право природне. Це право стоїть вище за державу та обумовлює її. Таким чином утверджувалась першість права перед державою, влада якої обмежена природним правом. Представники історичної школи права вважали, що такого стану не було, оскільки людина ніколи не була ізольована, а завжди перебувала в суспільних відносинах. Право ж завжди було продуктом тих історичних умов, того середовища, в якому людина перебувала.

У період Нового часу існували дві протилежні течії. Перша виходила з можливого, а друга ґрунтувалася виключно на явищах дійсності. Відповідно мислителі Нового часу джерело природного права бачили вже не в універсальному законі природи або божественному розумі, а в самій природі людини⁴. Крім того, для праворозуміння Нового часу характерним було об'рунтування таких положень: існування природного права не заперечує існування позитивного, джерелами якого є воля

¹ Керімов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований. – М., 1986. – С. 189, 193–195.

² Там само. – С. 162.

³ Нерсесянц В.С. Различение и соотношение права и закона как междисциплинарная проблема // Вопр. философии права. – М., 1973; *Право и закон: их различение и соотношение* // Вопр. философии. – 1988. – № 5.

⁴ Гроций Г. О праве войны и мира. – М., 1994. – С. 48.

монарха, що отримав законодавчі повноваження в результаті суспільного договору; природне право розглядається, з одного боку, як критерій позитивного права, а з іншого – поєднується з ним¹. На відміну від природно-правових ідей античності, класична теорія природного права акцентувала увагу на особі та проголосила, що права людини – природні, природжені, і у відповідність із ними слід привести позитивне право. Водночас нове (етатистське) розуміння права запропонували ідеологи розвинених буржуазних суспільств, які вважали буржуазне право найдосконалішим, оскільки його творить держава. Вони створили теорію юридичного позитивізму, заклали основи формування аналітичної юриспруденції. Представники юридичного позитивізму визначили предмет правознавства (як не те, яким має бути право, а те, чим воно є) та акцентували увагу на аналізі юридичних норм.

Школа відродженого природного права пішла далі своїх попередників. Її представники вважають, що ідеальні уявлення про право, що живуть у свідомості людей, – суть природне право. Природне право отримує значення правових норм тільки після того, коли уявлення про них перейде у застосування на практиці, коли вони позитивуються.

Отже, той, хто, ґрунтуючись на природно-правових позиціях, відокремлював поняття права і закону, вважав, що право – це природні, невід’ємні властивості, які утверджуються у різних раціональних побудовах (як одна з норм суспільної свідомості), у моральних засадах (ті, хто розуміє право як справедливість або додає справедливість до закону і цю сукупність називає правом). Та ж частина права, що йде від держави, від влади шляхом визнання правил поведінки й формально закріплюється в різноманітних актах та інших джерелах, визнається цими вченими як позитивне або негативне право. Юснатуралісти вважають право і закон не тотожними явищами, оскільки право походить не від держави, а виникає природним шляхом, відображає природні закономірності буття. Закон – тільки офіційна форма вияву права, яке існує у природі і є справедливим. Отже, такий закон є правовим.

Прибічники етатистського підходу не розрізняють поняття «право» і «закон», вважаючи закон однією з форм зовнішнього вияву права. Якщо ототожнювати право з правовими нормами й розглядати як його джерело права в генетичному розумінні (звідки береться право, що обумовлює

¹ Козихин И.Ю. Позитивизм и естественное право // Зарубежный опыт и отечественные традиции в российском праве. Всероссийский научно-методологический семинар. – Санкт-Петербург, 28–30 июня 2004 г. – С. 51.

його виникнення), то в межах раціоналістичної правової традиції під таким можуть розумітися «об'єктивні» причини, що викликали появу тих чи інших норм права. Ці причини можуть тлумачитися як матеріальні (потреби суспільства, обумовлені соціально-економічними умовами його існування – у матеріалістичній теорії права) та як ідеологічні (уявлення всього суспільства або його політичної еліти про те, яким має бути право, – у правовому ідеалізмі). У нормативістсько-етатистській правовій теорії існує ще одне важливе значення поняття джерела права – юридичне: коли під ним розуміють спосіб зовнішнього вираження змісту правової норми, за допомогою якого вона набуває загально-обов'язкового значення. Саме форма при такому підході створює право; вона не існує поза державно встановленою та державно захищеною формою (формою закону, указу, постанови тощо)¹.

Прибічники легізму вбачають у праві тільки офіційно встановлені чи санкціоновані державою норми. Такий підхід призводить до підміни наукового дослідження права його формальним описом. Отже, не йдеться про справедливість права й закону, їх об'рунтованість, доцільність, легітимність.

Прихильники психологічної школи права розрізняють об'єктивне та інтуїтивне право, коли формою для останнього слугує поєднання атрибутівних домагань, що виявляються в емоційній сфері адресата права. Таким чином, одній з форм права – інтуїтивній – надається сутнісного та раціонального характеру. Право – вияв психіки людини, стверджував Л.Й. Петражицький, його основа – не в законодавстві і не в зовнішньому авторитеті держави. Юридична норма є наслідком правового переживання щодо здійснення дій, які вимагаються іншими, тобто – здійснити дії, які переживаються індивідом як належне. Тож позитивне право походить від правової психіки індивідів як єдиного середовища справжнього права². Правовий феномен може виявлятися у вигляді офіційного та неофіційного права. Офіційне право забезпечується державним примусом і застосовується державою. Неофіційне право – це фактично всі діючі в суспільстві нормативи, не забезпечені державним примусом. Право поділяється на позитивне та інтуїтивне. Позитивне передбачає деякі зовнішні підстави – нормативні факти, на яких воно ґрунтується (звичаї, закони, кодекси тощо). Інтуїтивне право – це результат внутрішньо-

¹ Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Изд. дом Санкт-петерб. гос. ун-та, 2004. – С. 648.

² Петрова Л.В. Фундаментальні проблеми методології права: філософсько-правовий дискурс. – Х.: Право, 1998. – С. 116–117.

го визначення суб'єкта¹. На думку Л. Петражицького, до джерел права належить законне право (чи закони) та звичаєве право. За існуючою, хоч і не загально визнаною думкою, сюди слід також віднести право судової практики. Існування різних підходів до визначення поняття джерел права Л. Петражицький вбачав у нез'ясованості поняття права, оскільки одні дослідники визначають джерела права як форму створення права, інші – як підставу виникнення, як фактори, що об'рунтовують право в об'єктивному розумінні, як ознаки обов'язковості юридичних норм, як різні форми вираження права. Отже, вчення про джерела права необхідно перейменувати на вчення про позитивне право та його різновиди².

Психологічна теорія права поняття і сутність права виводить із правових емоцій людей, соціологічна школа права ототожнює право із судовими та адміністративними рішеннями, в яких вбачається «живе право»; історична школа права виходить з того, що право є загальне переконання, загальний національний дух, а законодавець виступає його представником. Але ці концепції не є позитивістськими, оскільки не розглядають право як таке, що волевстановлене законодавцем³.

У ХХ столітті природно-правова доктрина набула форми концепції про права та свободи людини, що були загальними і визначеними для всіх світових систем. Вони увійшли чітко окресленими формулюваннями у міжнародні декларації, конституції та інші документи, де становлять основну частину з погляду вагомості. Форма стає єдиною для всіх сфер правового впливу, об'єктивоване закріплення отримують усі правила поведінки в державних актах та інших джерелах права.

Наукову цінність повністю зберігає гуманістичне вчення школи природного права про існування природних прав людини, які мають невід'ємний характер, не можуть бути анульованими або звуженими. Ці фундаментальні права закріплено в конституціях більшості країн світу. Не можна заперечувати значення вчення про історичну обумовленість та унікальний характер права кожної країни, яке було висунуто історичною школою права. Помітний вплив на теорію праворозуміння справило вчення реалістичної школи права Р. Іерінга, яке сконцентрувало увагу на цілях правового регулювання і захисті правом різноманітних інтересів. Важливе місце в науковій спадщині належить вченню І. Канта, який бачив головний зміст права в поєднанні свободи окремої людини зі свобо-

¹ *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 2000. – С. 484–490, 377–401.

² Там само. – С. 512.

³ *Комаров С.А.* Общая теория права: Учеб. – СПб.: Питер, 2001. – С. 36.

дою всіх, встановленні певної міри цієї свободи. Зберегли своє значення в сучасних умовах і деякі положення нормативізму Г. Кельзена, який наголошував на необхідності дослідження права, насамперед, як нормативного явища і заклав основи вчення про ієрархічну супідрядність різних форм існування права. Крім того, закон, на думку Г. Кельзена, не може бути хорошим чи поганим, він може бути тільки діючим. Г. Харт, також один із позитивістів, вважав, що діючі закони можна критикувати з морального погляду, а також стосовно можливості мінімального обсягу природного права. Це можна вважати одним із кроків наближення. Водночас прибічники теорії природного права дотримуються поглядів, що правовий ідеал не може замінити поняття права. Це різні сфери буття, що не залежать одна від одної¹.

З учення соціологічної школи права впливає невідривність нормативних положень права від практики його реалізації, яка може набувати самостійного характеру. На думку прибічників соціологічної теорії права, джерелом закону є суспільна група, а правові норми віддзеркалюють спосіб, у який ця група вважає за необхідне впорядковувати суспільні відносини. Доктрина, що перебуває нині в обігу, не дає відповіді на питання про походження сили закону в загальному сенсі, хоч це питання є головним і принциповим. Натомість вона спрямовує зусилля на різноманітні модальності, в яких з'являється закон (законодавство, звичай, судові рішення, думка експертів), унаслідок чого складається враження, нібито ці модальності радикально відрізняються одна від одної. Із соціологічного погляду ці формальні джерела, в розрізненні яких зацікавлені юристи, є просто різними варіантами одного-єдиного джерела: ролі суспільної групи². Незважаючи на всі добре відомі вади та обмеженість, положення соціологічної школи права сприяли зростанню уваги до дослідження матеріальної обумовленості змісту права.

Отже, аналіз джерел права у світлі концепцій праворозуміння дає змогу зробити такі висновки. Праворозуміння – це наукова категорія, що відображає результат процесу пізнання сутності права. Розв'язання цієї проблеми значною мірою залежить від змісту типу праворозуміння, що визначає відображення у суспільній правосвідомості ставлення до права, уявлення про його раціональне начало, розумність і логічність його змісту.

У науці склалася класифікація уявлень про право і джерела права за певними науковими напрямками – школами, а саме: школа природного

¹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. – М., 1999. – С. 99–100.

² Лон Л. Фуллер. Анатомия права. / Пер. з англ. – К.: Сфера, 2004. – С. 58–59.

права, історична школа права, реалістична школа права, соціологічна школа права, нормативістська школа об'єднує декілька напрямів: естетистів, легістів, позитивістів, психологічна та матеріалістична.

Зокрема, позитивними рисами нормативного підходу в контексті ефективності дії джерел права є визначення їх нормативності, та формальної визначеності правил поведінки, що полегшує процес їх реалізації; зміцнює режим законності. При нормативному підході головна увага приділяється з'ясуванню системи джерел права і системи права; при природному основною є проблема легітимації окремих джерел права, їх відповідність свободі, справедливості, рівності; при соціологічному – діяльність правотворчих органів влади. Отже, існує можливість розрізнення права і закону, але виникає загроза режиму законності. При цьому важливим є правовий вимір джерел права.

Не припинилися наукові дискусії щодо аналізу теоретичних проблем джерел права в контексті праворозуміння і сьогодні.

3.2. Джерела права в контексті сучасних концепцій праворозуміння

Зміст набутих знань зберігається і переходить з минулого в сучасне та майбутнє у процесі як пізнання держави і права, так й інтерпретації результатів цього пізнання. Наступність досліджень нерозривно пов'язана з феноменом правового прогресу й означає розвиток права як соціального явища. Запозичення гуманістичних демократичних ідей та цінностей політико-правових і філософських вчень минулого сприяє поступальному розвитку сучасної правової системи та її складової – правової науки.

У 90-ті роки ХХ століття не проводилися глибокі дослідження загальнотеоретичних проблем джерел права, не було монографічних праць та змістовних наукових статей. Як правило, ця проблема порушувалася лише на рівні розділів підручників з теорії держави і права або проблем теорії держави і права. Серед них – підручники за редакцією С.С. Алексєєва, А.Б. Венгерова, С.О. Комарова, Г.Н. Манова, М.М. Марченка, В.М. Хропанюка тощо¹.

¹ Алексєєв С.С. Общая теория права: Курс лекций: В 2 т. – М., 1981; *Теория государства и права* / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. – М.: Изд. группа НОРМА-ИНФРА. – М., 1998. – 570 с.; *Теория государства и права* / Под ред. Г.Н. Манова. – М., 1995; *Хропанюк В.Н. Теория государства и права* / Под ред. В.Г. Стрекозова. – М.: ДТД, 1995. – 384 с.; *Проблемы общей теории государства и права: Учеб.* / Под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – М., 1999; *Теория государства и права: Курс лекций* / Под ред. М.Н. Марченко – М., 1999.

Водночас здійснювались дослідження окремих джерел права. Значна частка цих досліджень присвячена нормативно-правовим актам¹, правовому прецедентові та договору з нормативно-правовим змістом². Крім того, окремі праці були присвячені правовому звичаю, правовим принципам і релігійним нормам³.

Розпад Радянського Союзу і здобуття незалежності колишніми радянськими республіками стали переломним моментом їх розвитку, викликали бурхливі процеси самоусвідомлення націй, формування суверенних правових систем, правотворчості, появу нових форм об'єктивації норм права. Але змістовні праці, присвячені розгляду окремих аспектів джерел права, з'явилися тільки на початку ХХІ століття. Це праці І.Ю. Богдановської, М.М. Вопленка, Н.О. Власенко, Т.В. Гурової, М.М. Марченка, Р.Л. Хачатурова⁴.

Це пов'язано із змінами в суспільстві у зв'язку з тим, що з переходом від індустріального суспільства до постіндустріального, трансформуються підвалини права, а отже, змінюються прояви права та його сприйняття, відбувається формування нових властивостей правової реальності, тобто змінюються ознаки права як міри свободи формально рівних індивідів, відповідні підставам епохи постмодерну⁵. Крім того, події початку 90-х років ХХ століття докорінно змінили ситуацію: деідеологізація всіх сфер життя викликала свободу вираження поглядів і думок, у

¹ *Богдановская Ю.И.* Закон в английском праве. – М., 1987. – 139 с.; *Тихомиров Ю.А., Котелевская И.В.* Правовые акты. – М., 1999; Конституция, закон, подзаконный акт / Отв. ред. Ю.А. Тихомиров. – М.: Юрид. лит., 1994. – С. 33; *Лукьянова Е.А.* Закон как источник советского государственного права. – М., 1988. – 152 с.

² *Загайнова С.К.* Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М., 2002. – 176 с.; *Талалаев А.Н.* Право международных договоров. Общие вопросы. – М., 1980. – 290 с.; *Судебная практика как источник права.* Сборник. – (Серия «Новое в юридической науке и практике» / Ин-т государства и права Рос. акад. наук. Отв. ред. Б.Н. Топорнин) – М.: ИГПАН, 1997. – 46 с.

³ *Даниленко Г.М.* Обычай в современном международном праве. – М., 1988. – 190 с.

⁴ *Богдановская Ю.И.* Источники права на современном этапе развития «общего права»: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2007; *Бошно С.В.* Соотношение понятий «источник» и «форма права» // *Юрист.* – 2001. – № 10. – С. 22; *Гурова Т.В.* Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000.; *Хачатуров Р.Л.* Источники права: Учеб. пособие. – Тольятти: Информ.-изд. предприятие «Акцент». – 1996. – Вып. 1. – 1996; *Марченко М.Н.* Источники права: Учеб. пособие. – М.: Проспект, 2005. – 760 с.; *Источники (формы) права: Межвуз. сб. науч. тр.* / Отв. ред. Е.Л. Поцелуев. – Иванов: Иван. гос. ун-т, 2003. – 115 с.; *Игнатьева М.Н.* Система законодательства: теоретико-правовой анализ. – Иркутск: гос. ун-т, 2001; *Громина О.И., Фарои Т.В.* Теоретические аспекты обычного права // *Материалы межвуз. науч.-теорет. конф.* (19 июня 2002 года, Санкт-Петербург). – СПб., 2003. – С. 159–163; *Вопленко Н.Н.* Источники и формы права. – Учеб. пособие. – Волгоград: Изд-во Волгоград. гос. ун-та, 2004. – 102 с.

⁵ *Честнов И.П.* Правопонимание в эпоху постмодерна // *Правоведение.* – 2002. – № 2. – С. 6.

тому числі і в юридичній науці. Проголошення розбудови демократичної, соціальної, правової держави (ст. 1 Конституції України), пріоритету прав і свобод людини, їх найвищої соціальної цінності зумовило істотну структурну і якісну перебудову у сфері юридичної науки, появу нових концепцій та відродження забутих, у тому числі й на межі різних наук – філософії, політології, соціології тощо.

Водночас, на думку Т.В. Кашаніної, після того, як були зняті ідеологічні бар'єри, вчені-юристи не поспішали просуватися у вивченні проблем походження держави і права: натомість багато хто здійснював безкомпромісну критику енгельсівської концепції, не пропонуючи нічого нового від себе¹.

Низка вчених оцінюють цей період як кризовий. Така категоричність може видаватися сумнівною, оскільки аналіз праць провідних філософів, правознавців, політиків минулого, починаючи з античних часів (про це згадувалося раніше), підтверджує майже безперервний характер дискусій щодо розуміння сутності й форм вияву права.

Розуміння юридичної природи джерел права є одним із напрямів досліджень юридичної науки на сучасному етапі, що тісно пов'язаний із проблемою визначення єдиного поняття і сутності права, тобто, з'ясування змісту праворозуміння. Ця проблема має важливе значення для розвитку юридичної науки, оскільки зачіпає проблеми розвитку суспільства, його фундаменту – права, розвитку джерел права, які мають відповідати розвиткові права, захисту прав і свобод людини.

Вирішення цієї проблеми, з одного боку, дозволить підійти до визначення поняття правової системи, системи джерел права, відокремити їх від інших правових категорій й визначити їх зв'язок з іншими суспільними явищами. З іншого боку, вивчаючи право як специфічне багатоаспектне явище, як один із соціальних регуляторів, необхідно здійснювати психологічний, соціологічний та генетичний аналіз його сутності, що допоможе з'ясувати його співвідношення із законом, зі свідомістю людини тощо, а отже, сприятиме створенню правової основи суспільства. Окремі дослідники стверджують, що намагання виробити єдине, універсальне як поняття, так і визначення права, що використовується теорією і практикою, приречені на невдачу².

Плуралізм наукових поглядів обумовлюється історичними особливостями розвитку суспільства, своєрідністю регіонів світу, ідеологічною

¹ Кашаніна Т.В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. – М., 1999. – С. 9.

² Попов В.И. Правопонимание в советской юридической науке: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 17.

спрямованістю дослідників, завданнями, які вони ставлять перед собою тощо. Часто дискусія розгортається з приводу включення до визначення права тієї чи іншої ознаки права, про первинність тієї чи іншої ознаки тощо. Іноді ця полеміка не має підстав, оскільки сторони ґрунтуються на одному понятті права і, по суті, розглядають різні вияви феномена, що розуміється переважно однаково. Звичайно, науковець дає визначення лише того поняття права, в якому він науково зацікавлений і яке, на його думку, є єдино вірним. Предмет «сам по собі» так і залишається не пізнаним, водночас як відкривається одна з його граней¹.

Інші вважають: якщо загальносвітове розуміння і визначення права практично неможливе, то в межах окремої держави та контрольованого нею єдиного правового простору пошуки загального для всіх учасників правовідносин розуміння права мають певний упорядковуючий сенс². М.М. Марченко розвиває цю ідею, наголошуючи на впорядковуючому значенні загального поняття права в масштабі і світового співтовариства, і окремої правової сім'ї. У світі існує багато визначень права, що претендують на загальну значущість та універсальність. Це, зокрема, такі: право – це формальна рівність, право – це всезагальна та необхідна форма свободи в суспільних відносинах людей, право – всезагальна справедливість. Незважаючи на загальний характер, вони використовуються на метарівні як первинні у всьому процесі пізнання правової матерії кроки і як свого роду загальносоціальні орієнтири в подальшому її дослідженні. Упорядковуюче значення має місце тільки на рівні відносної правової цілісності, взаємозв'язку та взаємодії різних правових систем і сімей. Цей процес продовжується на середньому рівні – на рівні окремих правових сімей та на макрорівні – на рівні окремих правових систем. На кожному з них в міру зменшення ступеня узагальнення правової матерії та скорочення масштабів, а водночас – і маси правової матерії, що відображена в загальному понятті права (правова сім'я, національна правова система), загальне поняття права стає глибшим і змістовнішим. На метарівні загальне поняття права відображає найзагальніші, родові ознаки й риси, властиві всьому правовому масиву. Загальне поняття права, вироблене на середньому рівні, крім загальних, родових рис, вбирає в себе також різні риси, що виявляються у нього на цьому середньому рівні. На рівні національних правових систем, на мікрорівні, поняття права утворюється не лише із власних компонентів і рис, а й із компонентів, що формуються на макрорівні та на середньому рівні³.

¹ Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. – М., 1916. – С. 328.

² Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. – М., 1999. – С. 4.

³ Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 27–28.

М.М. Марченко подальший розвиток правової теорії бачить в органічному поєднанні життєво важливих і практично значимих положень теорії природного й позитивного права, у послідовному наповненні змісту позитивного права духом і принципами природного права. Кінцевим результатом такого синтезу може бути теорія «м'якого позитивізму»¹.

Розуміння сутності права, зазначає С.І. Алаїс, є початковою, вихідною категорією юриспруденції, у межах якої першоджерело проблемності юридичної науки, тип праворозуміння визначає парадигму пізнання правових і державних явищ. Сьогодні у юридичній літературі немає комплексних досліджень проблеми праворозуміння в основних школах права, розв'язання якої забезпечило б прогресивний розвиток юридичної науки. Автор обґрунтовує необхідність домінування широкого (багатоаспектного) розуміння сутності права й доцільність формування інтегративної юриспруденції на підставі об'єднання цінних досягнень природної, історичної, психологічної, нормативістської та аналітичної шкіл права. Але поряд з інтегративним розумінням права не може існувати його інтегративне всеохоплююче визначення, оскільки інтегративне розуміння передбачає множинність дефініцій права; багатоаспектне розуміння права неможливо втиснути в певні межі. Право – це справедлива й рівна міра свободи людей, яка є основою регулятивної системи їхнього суспільства. Вихідне розуміння сутності права пов'язане із сутністю людини. Сутність людини наддержавна, отже, визначальним є наддержавне праворозуміння².

Сучасне праворозуміння ґрунтується на плюралістичному підході до визначення права і має декілька напрямів:

– прагнення охопити поняттям права не тільки норми права, а й правосвідомість, правову культуру, правові акти, правопорядок, правову діяльність тощо³;

– введення категорії «правова система», що охоплює всі правові явища, які мають системний зв'язок⁴;

¹ Марченко М.Н. Правовые теории и проблемы правопонимания. – С. 20.

² Алаїс С.І. Проблема праворозуміння в основних школах права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003.

³ Керимов Д.А. О понятии советского права // Советское государство и право. – 1979. – № 7. – С. 58; – № 8. – С. 48–49, 59; Гусарев С.Д. Юридична діяльність: методологічні та теоретичні аспекти. – К.: Знання, 2005. – 375 с.

⁴ Кудрявцев В.Н. Правовая система и укрепление социалистического общества // Коммунист. – 1981. – № 9. – С. 69–79; Алексеев С.С. Правовая система социализма // Правоведение. – 1980. – № 1. – С. 27–34; Матузов Н.И. Правовая система развитого социализма // Советское государство и право. – 1983. – № 1. – С. 18–26.

– аналіз сутності вдмінності понять права й закону, правових інститутів безвідносно до волі законодавця, держави, свідомої діяльності людей, дослідження права на генетичному рівні¹. Таким чином, проблема праворозуміння стимулює дослідження інших правових явищ, зокрема системи джерел права.

На думку окремих дослідників, для формування сучасного праворозуміння ще не використані можливості традиційних підходів, про що свідчить, наприклад, дослідження права як нормативно-діяльнісної системи, коли право розглядається як соціальна діяльність опосередкування суб'єктно-об'єктних відносин щодо встановлення необхідної нормативної впорядкованості людської поведінки. Нині ще мало розкрито змістові характеристики формально-нормативної системності права, що створює єдиний юридичний лад, цілісний імперативно-регулятивний характер².

Деякі автори намагаються активно експлуатувати ідею природного права. Р.З. Лівшиць підкреслює факт нормативного закріплення ідеї справедливості в чинному законодавстві. На його думку, право є нормативно закріплена та реалізована справедливість. Інакше це не право. Якщо справедлива ідея стає законом, то будучи реалізованою у суспільних відносинах, вона стає правом³.

В.К. Бабаєв вважає, що право – це система нормативних установок, що ґрунтуються на ідеях людської справедливості та свободи, які найбільшого виражені в законодавстві й регулюють суспільні відносини. Це тлумачення зумовлює з'ясування проблеми розмежування права та ікону. Автор визнає можливість існування права поза законодавством, отже, позитивне право – лише частина природного, у систему якого входять, поряд із нормами, правосвідомість та правовідносини⁴.

Водночас з основними ідеями природно-правового підходу, як завжди, так і на сучасному етапі, пов'язувалися сподівання щодо відродження та утвердження прав людини, апелювання до норм моралі та етики, спроби пошуків ідеалу права. Завдання сучасної теорії права не в тому, щоб пояснювати, яким право має бути, а в тому, щоб показати, що таке право, розкрити його онтологічну структуру та зміст⁵.

¹ Таненбаум В.О. О сущности права // Правоведение. – 1980. – № 1. – С. 38–41; Нерсесянц В.С. Право и закон. – М., 1983. – С. 330–350; Нерсесянц В.С. Право в системе социальной регуляции. – М., 1986; Мальцев Г.В. Социальная справедливость и право. – М., 1977. – С. 222–226.

² Мальцев В.А. Право как нормативнодеятельностная система // Правоведение. – 2003. – № 2 (247). – С. 14–27.

³ Лившиць Р.З. Теория права. – М.: БЕК, 1994. – С. 53.

⁴ Бабаев В.К. Общая теория права: Курс лекций. – М., 1998. – С. 126–127.

⁵ Поляков А.В. Петербургская школа философии права и задачи современного правоведения // Правоведение. – 2000. – № 2. – С. 6–7.

Залежно від інтерпретації сутності нормативності права, вважає В.А. Муравський, можна виділити декілька різновидів сучасних природно-правових підходів до права:

- 1) лібертарно-юридичний (право – міра свободи);
- 2) матеріалістичний (право виростає з об'єктивних матеріальних відносин, насамперед із власності);
- 3) номотетичний (право є закономірність соціального буття);
- 4) моральний (право визначається як загальнолюдські принципи справедливості, рівності, гуманізму).

Варіації у даному випадку не мають істотного значення, оскільки, на думку В.А. Муравського, вони не зачіпають основної ідеї, відповідно до якої право створюється не людиною, законодавцем, а самою природою людського суспільства та особи, і, відповідно до власних особливостей, підлягає закріпленню у законі. Якщо це не відбувається, природне право виступає як той критерій, що дозволяє оцінити зміст приписів закону. Стосовно співвідношення права й держави, то первинним принципом, що визначає взаємовідносини права й закону, є пріоритет і верховенство права. Інша відмінність між правом та законом – та, що закон як форма існування права одновимірний порівняно із правом, яке знає й інші форми свого існування, будучи формою суспільної свідомості. Отже, нормативно-змістова відмінність між законом і правом буде існувати як їх просторова розбіжність, оскільки законодавство може тільки з певною долею вірогідності виражати правові норми й містити водночас квазінорми, які, з точки зору права, є узаконеним свавіллям. Водночас, право може виходити за межі закону та містити норми, не зафіксовані нормативно-правовим актом¹.

На думку окремих дослідників, сьогодні природне право уявляється таким, яке настільки вичерпало свої можливості, що воно вже не удостоюється взагалі будь-якої уваги, навіть у формі гострої критики².

Н.Н. Волпенко вважає, що концепція нормативного праворозуміння потребує подальшого вдосконалення у двох напрямках: формальному та змістовому. У формальному аспекті виникає проблема пошуку та уточнення компонентів правової матерії, що виступають носіями нормативних потенцій права. Змістовий аспект має вдосконалюватися в напрямі теоретичного об'рунтування образу права як засобу й результату

¹ *Муравский В.А. Соотношение закона и права с актуально-правовой точки зрения // Право и образование. – 2004. – № 6. – С. 29–30.*

² *Хеффе О. Политика. Право. Справедливость. Основоположения критической философии права и государства. – М., 1994. – С. 51.*

соціального компромісу. Необхідно розкрити інтегративні, об'єднуючі властивості права. Право є компромісом різних соціальних сил, що реалізують своє прагнення до свободи та справедливості¹.

С.С. Алексєєв у цьому контексті пропонує використати можливості так званої догми права, оскільки, на його думку, принципово важливий пункт для розуміння перспективи розвитку теорії права полягає в тому, що при аналітичній переробці догми права сам хід наукових досліджень зумовлює те, що відкриваються нові наукові горизонти – нові підходи до права. Черговий (після догматичної юриспруденції) щабель у розумінні права полягає в тому, що предметом аналізу стає вся правова матерія загалом (і до того ж без її імперативного прив'язування до юридичних норм та з урахуванням їх різноманітності й особливостей в різних національних системах та сім'ях права). Головне полягає в тому, що саме правова матерія, не зведена до одних юридичних норм, а представлена у всьому обсязі, у всій своїй багатоманітності, дозволяє здійснювати поглиблену теоретичну розробку правових проблем. Для того, щоб ці положення набули концептуального характеру, необхідне набуття юридичними знаннями сучасної гуманістичної духовності, що розкривається в умовах переходу співтовариства людей до демократичних, ліберальних цивілізацій². Оскільки відправним пунктом усіх підходів до права є наукова розробка всього юридичного інструментарію, оскільки нові підходи можуть бути названі інструментальними. Інструментальна теорія права визначає право як специфічну систему правових засобів, які об'єднуються на окремих ділянках правового регулювання у своєрідні режими, що забезпечують розв'язання суспільних завдань.

Щодо форм вияву права, то в контексті інструментальної теорії права ключовий пункт у розумінні особливостей права як об'єктивної реальності (інституційного утворення) – це єдність, а саме – втілення права в певній формі, злиття з нею. У галузі юриспруденції першочергове значення має саме форма, яка створює своєрідну юридичну матерію або «специфічний правовий зміст». Найочевиднішою є єдність права із зовнішньою формою – законами, судовими прецедентами, іншими джерелами юридичних норм. В аспекті своєї зовнішньої форми – це саме джерело, свого роду місткість фактичного змісту та зовнішній інформаційний знак. Злиття ж права з його формою стосується форми

¹ Волленко Н.Н. Сушность, принципы и функции права: Учеб. пособие. – Волгоград: Изд-во Волгоград. гос. ун-та, 1998. – С. 18–19.

² Алексєєв С.С. Восхождение к праву: Поиски и решения. – М.: НОРМА, 2001. – С. 93–94.

внутрішньої організації правового матеріалу, різноманітних юридичних структур. Саме ці моменти внутрішньої форми характеризують правову матерію. Зміст інституційності в тому, що інакше як у зовнішніх її виявах, а саме без набуття необхідних структурних характеристик, позитивного права просто немає. Без цього не могли б бути реалізовані функції права, його призначення¹.

Закон (як і інші джерела права) – зовнішнє стосовно права – не лише фіксує, а документально закріплює певні норми та принципи, тобто відіграє не тільки фіксуючу (констатууючу) роль, а й виконує стосовно позитивного права глибоко конститууючу функцію, тобто функцію із формування, створення, утвердження даного об'єкта. Значення зовнішньої форми (закону) виявляється і при функціонуванні права, і не лише як джерело та інформаційний знак чинного права, але і як одна з умов, необхідних для існування та реалізації його властивостей.

С.С. Алексєєв стверджує, що право й закон – явища різні, різнопорядкові, які стосуються різних зрізів правової дійсності. Джерела права залишаються зовнішньою формою позитивного права, інформаційним джерелом і знаком його реального буття, та водночас – такою ж формою, за допомогою якої об'єктивне право формується, конститується і яка через це є передумовою того, що в реальному своєму бутті, дії, позитивне право «злите», невідокремлене від того, що може бути назване «внутрішньою формою», і тому як відносно самостійне, інституційне утворення існує і діє як форма.

Оскільки публічні, примусові закони, за допомогою яких конститується об'єктивне право – це продукт державної, публічної влади, то в багатьох випадках передбачається можливість видання законів тільки по сваволі влади. Звідси виникає можливість, поряд із правовими законами, також неправових законів, а отже, «неправового права», що не відповідає вимогам гуманістичного праворозуміння, яке характеризує розвиток права. При цьому глибокий зв'язок закону і права – жорстка юридична логіка. Цей зв'язок залишається необхідним, важливим, характерним для процесу становлення, формування і розвитку права. Зв'язок цей є безальтернативною основою конституювання права як об'єктивної реальності, інституційного утворення, яке володіє великою соціальною, регулятивною та духовною силою.

Цей зв'язок є необхідним, значущим, він характеризує процес становлення, формування і розвитку права, і це привід для створення філо-

¹ Алексєєв С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. – М.: НОРМА, 2001. – С. 120.

софії юридичного позитивізму – «чистої теорії права» в душі Г. Кельзена¹.

Положення про органічну єдність права й закону – результат висновків, що впливають з інструментального підходу і з тієї характеристики логіки права, яка обмежується переважно його формуванням як об'єктивної реальності, інституційного утворення.

М.Й. Байтін, Л.Ф. Черданцев, А.Б. Венгеров намагаються подолати вузьконормативний підхід, акцентуючи увагу на обумовленості позитивного права соціальними умовами, загально визнаними суспільними цінностями.

Сучасний рівень теорії права дозволяє визначити право як цінну регулятивну систему, яка, стверджує А.Б. Венгеров, за допомогою формально встановлених і закріплених норм (правил поведінки), виражених у нормативних актах, судових прецедентах, інших формах і забезпечених можливістю державного примусу, впливає на суспільні відносини з метою їх упорядкування, стабілізації або соціально необхідного розвитку². На думку М.Й. Байтіна, право – це система загальнообов'язкових, формально визначених норм, які виражають державну волю суспільства, її класовий та загальнолюдський характер, видаються і санкціонуються державою, охороняються можливістю державного примусу і є владно-офіційним регулятором суспільних відносин. Прибічники нормативного підходу до права не отожднюють право й закон, а розглядають закон як найнажливішу, хоча й не єдину форму вираження правових норм³. Під формою (джерелом) розуміють певні способи вираження державної волі суспільства. Форма показує, які зовнішні вияви права, в якому вигляді воно існує та функціонує в реальному житті. За допомогою форми відбувається надання державній волі доступного та загальнообов'язкового характеру. За допомогою форми право набуває юридичної сили⁴. Таке формально-юридичне значення поняття «джерело права» використовує етапистська юриспруденція.

На думку Т.В. Гурової, такий підхід не приділяє необхідної уваги аксіологічному та соціологічному аспектам розуміння права. Тому таке визначення права є недостатнім для формування всебічної системи наукових знань про джерела права, відповідно до їх різнорівневого харак-

¹ Там само – С. 128–129.

² Венгеров А.Б. Теория государства и права. – Т. 1: Теория права. – М., 1996. – Ч. 2. – С. 105.

³ Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – Саратов, 2001. – С. 93.

⁴ Там само. – С. 67.

теру. У межах інтегративного праворозуміння може отримати розвиток система наукових знань про джерела права. Для розуміння змісту поняття «джерело права» важливими є такі визначення права, в яких фіксується загальносоціальна природа права, його соціальна необхідність та цінність. При цьому актуальним і необхідним у сучасних умовах є нормативний підхід до права, збагачений положеннями про соціальну цінність та соціальну обумовленість права, які розробляються в межах філософського та соціологічного напрямів у праворозумінні¹.

Деяко радикальні шляхи пошуку концепції права пропонують В.Г. Графський, Р.З. Лівшиць, Л.І. Спиридонов. На їх думку, для визначення природи права необхідно виключити відмінності кожної із класичних концепцій і залишити те загальне, що їх об'єднує, або поєднати взаємовиключні аспекти права в загальну систему права.

Р.З. Лівшиць вважає, що не всі закони є правовими, але ж без державного забезпечення право не може існувати, оскільки втрачає якості нормативності та загальнообов'язковості. Критерії правового закону він об'рунтовує через «широке» визначення права: право – це певна гуманістична ідея, нормативно закріплена та реалізована в житті. Р.З. Лівшиць пов'язує інтегративне праворозуміння із соціологічною концепцією. На його думку, можна знайти таку узагальнюючу теоретичну конструкцію, яка здатна синтезувати три різні підходи до права: нормативний, соціологічний та ціннісний. Для цього необхідно відкинути відмінності різних шкіл і залишити те спільне, що їх об'єднує, – уявлення про право як систему суспільного порядку². Його підтримує Л.І. Спиридонов: закон повинен правильно відображати закономірності й тенденції соціальної еволюції, визначати рівну міру свободи суб'єктів права.

Отже, у сучасній юридичній науці утвердилася тенденція, з одного боку, до множинності підходів до розуміння права, а з іншого – формування якісно нового підходу до розуміння права, названого інтегративним, який ґрунтується на поєднанні принципів, покладених в основу класичних підходів праворозуміння. Завданням інтегративної юриспруденції є синтез теоретично важливих моментів зазначених підходів, серед яких: нормативний аспект права та його специфічний механізм функціонування в державі – в етатистського підходу; суб'єктивно-діяльнісний аспект – у соціологічного; сприйняття права як цінності – в юснатуралізму; психічна складова права – у прибічників психологічної школи права³.

¹ Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 25–26.

² Лившиц Р.З. Теория права. – М.: БЕК, 1994. – С. 53–55.

³ Поляков А.В. Общая теория права: Курс лекций. – СПб., 2001. – С. 125.

Водночас інтегральний підхід має ґрунтуватися не лише на ідеї синтезу конкуруючих теорій, а на багатоедності самого права, яке дозволяє об'єднати в ціле різні аспекти його текстуального прочитання. Однією з таких версій є комунікативна теорія права¹, про яку буде згадано далі. На думку В.А. Муравського, співвідношення права та закону необхідно розглядати з позицій справжнього інтегративного (актуально-правового) підходу до права, що передбачає вивчення права в соціологічному розумінні як нормативної категорії, змістом якої є реальні норми «живого» права. Отже, закон докорінно відрізняється від права. Відмінності між ними мають субстанціональний характер і виявляються, насамперед, у функціональному аспекті. Якщо головна роль закону полягає у створенні та закріпленні формальної моделі нормообразу, то актуальне право покликане наповнити його соціальним змістом та зробити засобом задоволення інтересів індивідів. З функціональної точки зору право, як і закон, крім позитивного, може мати й негативне значення, виражати приватні інтереси й бути дисфункціональним елементом правової системи. Суб'єктна відмінність між правом і законом (закон є результатом діяльності носіїв владних повноважень, правотворчих органів, що діють у межах жорсткої процедури, а актуальне право як реалізований закон становить результат життєдіяльності громадянського суспільства й водночас наслідок правозастосовної діяльності державної влади), зумовлює відмінності інтелектуально-вольового змісту права та закону. Закон – це зовнішній, офіційний погляд на право; як текстуальний твір він може існувати самостійно, незалежно від автора. Актуальне право, навпаки, є поглядом на юридичну систему суспільства із середини, з позицій індивіда. Отже, право і закон відображають два різні типи світосприйняття: етатистський та антропоцентричний, системний і синергетичний.

Водночас, вважає В.А. Муравський, досліджувані феномени відрізняються і в інституційному аспекті. Закон – джерело права у формальному, ідеальному розумінні слова, це офіційна форма буття юридичних норм. Право існує як комплекс норм, що зафіксовані з допомогою актуалізованих правових форм, які за своїми джерельними властивостями відрізняються від закону, оскільки походять із правовідносин та існують у вигляді ідеально-матеріальних явищ, нормативів правосвідомості й соціальної діяльності індивідів.

¹ Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Изд. дом Санкт-петерб. гос. ун-та, 2004. – С. 192.

Зв'язок права й закону полягає в тому, що право є продовженням закону й формується під час його реалізації. Першопричина відмінності між правом і законом у контексті їхнього змісту обумовлена тим, що ці явища виражають різні сторони буття: право – його безперервність і мінливість, закон – дискретність і постійність.

Невідповідність між правом і законом зумовлена тим, що актуальне право є безпосереднім виразником інтересів і волі індивідів, а закон виступає як пряме вираження панування державної влади, він створюється волею небагатьох, але реалізується і стає реальним правом завдяки волевиявленню всіх¹.

Сам термін «інтегрована юриспруденція» винайшов у другій половині ХХ століття Джером Холл і визначив право як тип соціальної дії, процес, у якому норми, цінності та факти зрощуються й актуалізуються. Саме актуалізація права є його найістотношою ознакою. Якщо визначити право як діяльність, як процес законотворчості, судового розгляду, правозастосування та інших форм надання правового порядку суспільним відносинам через офіційні та неофіційні моделі поведінки, то його політичний, моральний та історичний аспекти можуть бути зведені воедино².

Інші західні науковці також розвивають дослідження у цьому напрямі, стверджуючи, що визначення права, як сукупності правил не дає змоги зрозуміти сутності західної традиції права. Необхідно подолати інерцію зведення права до набору технічних засобів діяльності, отождення всього права з національним правом, хибну думку щодо виключної ролі політичної та аналітичної юриспруденції («позитивізм»), чи філософської і моральної юриспруденції («теорія природного права»), чи виключної ролі історичної та соціоекономічної юриспруденції («історична школа», «соціальна теорія права»). Нам потрібна юриспруденція, яка інтегрує всі чотири традиційні школи і виходить за їхні межі. Така єдина юриспруденція підкреслювала б, що у право необхідно вірити, інакше воно не працюватиме; а це охоплює не тільки розум, а й почуття, інтуїцію і віру. Це потребує повного суспільного усвідомлення³.

Досить цікавою є егологічна теорія права, сформульована в середині ХХ століття в Латинській Америці Коссіо Карлосом. На його погляд,

¹ Муравский В. А. Соотношение закона и права с актуально-правовой точки зрения // Право и образование. – 2004. – № 6. – С. 29-30.

² Пяткина С. А. «Интегративная юриспруденция» Джерома Холла // Правоведение. – 1966. – № 3. – С. 104-110.

³ Берман Г. Дж., Рейд Ч. Римское право и общее право Европы // Советское государство и право. – 1994. – № 12. – С. 105; Берман Г. Дж. Западная традиция права. Эпоха формирования. – М., 1998. – С. 16-17.

праворозуміння має включати три моменти: право дається в досвіді, існує в часі й має ціннісний аспект, що визначає поведінку людини. Право – це поведінка в міжособових стосунках, а не норма. Інтерпретується не закон, а людська поведінка через закон, оскільки закон – це концептуальний вияв, а інтерпретація є способом пізнання¹. Іншими словами, сама поведінка – це і є право.

Вагоме значення серед сучасних концепцій праворозуміння має вже згадувана лібертарна. Її засновник В.С. Нерсесянц пропонує в основу типології праворозуміння покласти визначення відмінності між правом і законом. У межах юридичного (антилегістського) типу праворозуміння можна виділити два різні підходи: природно-правовий підхід, що виходить із визнання природного права, яке протиставляється праву позитивному; розвиваний ним (з позицій загальних теорій праворозуміння) лібертарно-юридичний підхід, який впливає з відмінності права й закону (позитивного права) і під правом (у його відмінностях із законом) має на увазі не природне право, а буття та нормативний вияв (конкретизацію) принципу формальної рівності (як сутності та відмітної ознаки принципу права)².

Лібертарно-юридична теорія розрізнення права й закону і відповідного праворозуміння вільна від антагонізму між легізмом та юснатуралізмом і включає в себе (як трансформовані моменти формально-юридичного праворозуміння) релевантні досягнення обох підходів. Ця теорія, заперечуючи як легістське зведення права до закону, так і розподіл права на природне й позитивне, водночас визнає і враховує пізнавально значимі положення і позитивістських, і природно-правових учень про право й закон. По-своєму перемагаючи вади цих учень і беручи їхні досягнення, лібертарна теорія трактує розрізнення права й закону як необхідну основу для адекватного розуміння сенсу їх співвідношення та, зрештою, їх синтезу у формі правового закону (тобто позитивного права, що відповідає об'єктивному сенсові та принципу права)³.

Згідно з цією концепцією, під сутністю права розуміють принцип формальної рівності, а під виявом (у його відмінності із сутністю, під законом в його відмінності із правом) – офіційно-владні нормативні вияви, що мають законну силу примусово-обов'язкового правила (норми).

¹ Зеленицов А.Б. Коссио Карлос // Антология мировой правовой мысли: В 5 т. – М., 1999. – Т. 3. – С. 731–732.

² Нерсесянц В.С. Философия права. – С. 32; *Проблемы общей теории права и государства: Учеб. для вузов* / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 136–137.

³ *Проблемы общей теории права и государства: Учеб. для вузов* / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 136–142.

Термін «закон» тут використовується у «збірному» розумінні й охоплює всі джерела офіційно встановленого (позитивного) права, оскільки всі вони становлять офіційно-владні емпіричні реалії нормативного характеру, наділені законною силою. Співвідношення вияву й сутності права може мати такий вигляд: закон (вияв) відповідає правовій сутності – правовому закону, і навпаки – закон (вияв) не відповідає правовій сутності – неправовий закон (протиправний, протиправна норма).

Загальнообов'язковість до виконання як одна із властивостей джерел права, в контексті лібертаризму, обумовлена правовою природою права і є наслідком загальної значимості його об'єктивних властивостей, показником необхідності владного дотримання, захисту вимог права у відповідних правових актах. Обов'язковим є лише правовий закон. Правовий закон як відповідність вимогам принципу формальної рівності (сутності права) – це певне вираження поняття права в його офіційній визначеності, загальній обов'язковості, нормативній конкретності.

Неправовий закон має юридичну силу й діє до його скасування. Лібертарний підхід передбачає (і включає в себе) всі можливі форми відмінностей та співвідношення права й закону – від розриву до протистояння між ними (у випадку антиправового, правопорушуючого) закону¹.

Простежуючи зв'язок між поняттям права і формою його зовнішнього вияву – джерелами права, а в контексті лібертаризму – між правовою сутністю і правовим законом, В.С. Нерсесянц зазначає як очевидну поняттєво-правову єдність права і держави, її необхідність як форми влади для встановлення і дії права у вигляді загальнообов'язкового закону.

М.І. Матузов, критикуючи цю теорію, зауважував, що критерії визначення «правовими» і «неправовими» законами надто розмиті, їх, по суті, взагалі немає, що створює необмежений простір для суб'єктивних висновків, виправдання будь-яких незаконних дій під приводом політичної доцільності. Водночас зловживати можна не тільки законами, а й правом, його ідеями. У цьому аспекті можна дійти висновку про «неправове» право².

О. Мартишин також критично оцінює позиції лібертаризму за протиставлення поняття права й закону, що, на його думку, може породжувати неповагу до закону. При цьому реалізація високих загальнолюдських цінностей (свободи, рівності, справедливості, людської гідності) немож-

¹ *Проблеми общей теории права и государства: Учеб. для вузов / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Норма, 2004. – С. 182.*

² *Матузов Н.И. Право в политическом измерении // Правовая политика и правовая жизнь. – 2002. – № 1. – С. 16.*

права без їх формально-юридичного вираження та закріплення в законі як офіційно-владному приписі¹.

Отже, майже всі представники сучасної теорії права підкреслюють необхідність вироблення такого праворозуміння, яке могло б уникнути шпiоризму теорії природного права та релятивiзму юридичного позитивiзму. У цьому контексті особливого значення набуває інтерсуб'єктивний підхід у його комунікативній версії, яскравим представником якого є А.В. Поляков. Дослідник виокремлює два типи праворозуміння: теоретичний та практичний. Практичний відображається в суспільній правовій свідомості як найзагальніші ознаки, що характеризують ставлення суспільства до права. Теоретичне праворозуміння оформлене концептуально. У своєму теоретичному розвитку правова думка сформулювала три основні типи праворозуміння: природно-правовий, етатистський, соціологічний².

Відповідно до цього, будь-яка правова теорія повинна розв'язувати три проблеми: проблему суб'єкта та його свідомості, що інтерпретує життєвий світ як текстуальний (проблема того, як відбувається інтерпретація); проблему правових текстів або джерел права та правових норм (проблема того, що інтерпретується); проблему правової взаємодії у формі взаємовідносних прав та обов'язків (проблема переведення інтерпретованого в соціально-правову дію)³.

При з'ясуванні правового і неправового характеру закону, на думку вченого, важлива не його оцінка як справедливого або несправедливого, а наявність або відсутність соціально-іраціонального буття (легітимації) цього закону як нормативно-обов'язкового. Наявність справедливих правових норм не дозволяє стверджувати про справедливість або несправедливість права як цілісного комунікативного явища. Науковий критерій для теоретичного розрізнення правового і неправового закону може бути тільки один: наявність або відсутність суб'єктів, чие користування своїми, заснованими на законі правами та обов'язками, має соціально виправданий характер (тобто наявність або відсутність соціальної легітимації даного закону).

Закон як текст взагалі не містить жодного права, але як джерело правової норми, що виникає внаслідок соціальної інтерпретації цього текс-

¹ Мартышин О.В. О либертарно-юридической теории права и государства // Государство и право. – 2002. – № 10. – С. 5.

² Поляков А.В. Общая теория права: Курс лекций. – СПб., 2001. – С. 37.

³ Коммуникативная концепция права: вопросы теории: Обсуждение монографии А.В. Полякова. – СПб., 2003. – С. 12.

ту й соціальної практики з його реалізації, є правовим для прав й обов'язків певних суб'єктів.

Щодо співвідношення права й закону А.В. Поляков стверджує: право не вичерпується державно-організованою формою свого буття (законом). Право не потрібно ні протиставляти закону, ні ототожнювати з ним. Це різні рівні правової реальності. Право становить універсальне соціальне явище, яке існує на різних рівнях соціального, включаючи інтрасоціальні (наприклад внутрішньосімейні, внутрішньогрупові) та екстрасоціальні (наприклад міждержавні) правові порядки¹.

Правові тексти, що отримали соціальну легітимізацію (ставши нормативними фактами), інтерпретуються як соціально значимі та обов'язкові для виконання правила поведінки (норми) загального або індивідуального значення. Норми є підставами прав та обов'язків, конституючими право, яким володіє суб'єкт. Отже, комунікативна теорія права дає підстави розрізняти такі поняття, як текстуальне і позатекстуальне джерело права. Під позатекстуальним джерелом права слід розуміти саму інтерсуб'єктивну діяльність членів суспільства, під час якої реалізуються потреби людей. Типове та значиме у спільній діяльності, засноване на ціннісних аспектах як матеріальної, так і духовної культури, через узвичаєння, вольове імперативне установлення або договір об'єктивується в текстах правової культури – текстуальних джерелах права. Із текстів правової культури можна виділити джерела права у вузькому розумінні – первинні правові тексти (раціональні легітимні первинні підстави для виникнення у суб'єктів взаємообумовлених нормативних прав та обов'язків).

Тобто первинним текстуальним джерелом права будуть форма і зміст правового тексту, які ніколи буквально не збігаються з формою і змістом правової норми. Норми права є джерелом прав та обов'язків у конкретних суб'єктів тією самою мірою, якою права та обов'язки суб'єктів є джерелами правової норми. Правові тексти виступають не як саме право, а як його знаки, сукупність яких створює знакову систему. Найвідоміші варіанти первинних і вторинних правових текстуальних джерел права такі: міфи, правові звичаї, судові прецеденти, судова та адміністративна практика, правова практика, правові доктрини, священні книги, правові акти – автономні (договори) й гетерономні (законои та підзаконні акти)².

¹ Поляков А.В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: Курс лекций. – СПб.: Изд. дом Санкт-петерб. гос. ун-та, 2004. – С. 501–511.

² Там само. – С. 649–654.

Комунікативна теорія права дає підстави розрізняти такі поняття, як «джерело права», «джерело правового тексту», «джерело норми права» («первинне текстуальне джерело права») і «джерело суб'єктивних прав та обов'язків», а крім того – «джерело норми соціального права» і «джерело норми державно-визнаного права».

Існують також пропозиції створення філософської концепції, яка усвідомлює розмаїття правових теорій. Д.І. Невважай та Ю.М. Лотман пропонують використовувати семіотичний підхід, відповідно до якого праворозуміння є результатом застосування певного засобу конституювання сенсу, що притаманний тій чи іншій правовій культурі, а саме розрізняти «культуру виразу» і «культуру правил». Згідно з першою, джерела права (позитивне право) є формою, яка адекватно чи неадекватно виражає вже існуюче право.

У випадку з «культурою правил» зміст джерел права (правові норми) як правила поведінки визначається самою нормою, у змісті якої зазначено те, що має існувати в дійсності (нормативістське праворозуміння). Відповідно до цього, право може тлумачитися лише в межах цих культур, які можуть перехрещуватися на різних етапах розвитку, в різних країнах по-різному¹.

Близька до цього точка зору Г.В. Мальцева який вважає, що та чи інша концепція праворозуміння абсолютизують той чи той елемент правової системи й обмежені певною правовою культурою. Нормативна ж концепція права є основою правового менталітету Росії, тому недоліжно від неї відмовлятися².

Одним із сучасних напрямів розвитку праворозуміння є реалістичний позитивізм (Р.А. Ромашов, П.А. Оль), представники якого, відштовхуючись від положень класичного позитивізму та соціологічної концепції права, визначають право як систему загальнозначимих публічних норм, які приймаються з метою забезпечення соціальної стабільності, безпеки, розвитку і створюють результативний вплив на суспільні відносини. На їхню думку, право лише тоді є правом, коли здійснює результативний вплив на суспільні відносини. Якщо право не створює результативного впливу, – воно втрачає правову природу.

Сприйняття чинного права, на думку Р.А. Ромашова, передбачає виокремлення двох моделей: абстрактного (публічне і приватне право) та реального права. Останнє являє собою право у формально-юридичному

¹ Невважай Д.И. Смысл права в контексте методологического плюрализма // Государство и право на рубеже веков. Проблемы теории и истории. – М., 2001. – С. 121.

² Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. – М., 1999. – С. 3–7.

(нормативному, як сукупність формально-юридичних джерел) та функціональному розуміннях. Право у формально-юридичному розумінні поділяється на первинні (нормативно-правові акти) та похідні джерела (міжнародні акти, нормативні договори, правові звичаї). Статус акта як джерела національного права закріплюється на рівні первинного джерела. Р.А. Ромашов, засновник цього напрямку, підкреслює, що система формального права є, по суті, сукупністю формально-юридичних джерел¹.

Існують інші нові підходи, зокрема: інтерпретації права за допомогою теорії ігор², біоетики права, конфліктності права тощо³, оригінальні за змістом, але мало значимі для нашого дослідження.

Іншою площиною з'ясування основних тенденцій правотворення у ХХІ столітті є вивчення західної та східної традиції права. Для західного праворозуміння кінця ХХ – початку ХХІ століття характерне наближення класичних концепцій, а також уникання універсальних визначень права.

Основні характеристики західної традиції права такі:

1) право перебуває під сильним впливом релігії, політики, моралі, звичаю, однак його можна відрізнити від них. Наприклад, звичай у розумінні повсякденних зразків поведінки відрізняється від звичаєвого права в розумінні звичайних норм поведінки, які вважаються юридично зобов'язуючими. Так само політика і мораль можуть визначати закон, однак їх не розуміють як сам закон, що має місце в деяких інших культурах:

2) закон сприймається як ціле, єдина система, «організм», який розвивається із часом, через століття і покоління;

3) життєздатність понять «організм», «корпус» або «система права» залежала від упевненості у тривалому характері права, його здатності рости протягом століть і поколінь, упевненості;

4) найяскравіша риса – це співіснування і змагання всередині одного суспільства різних юрисдикцій і різних правових систем, що робить верховенство закону необхідним і можливим⁴.

¹ *Ниженік Н.С., Шукишина Е.Г. Реалистический позитивизм: в поисках интегративного типа правопонимания // Государство и право. – 2005. – № 10. – С. 104–112.*

² *Бабенко А.Н. Ценностные аспекты интерпретации права при помощи теории игр // Право и политика. – 2002. – № 3. – С. 12–13.*

³ *Канке В.А. Концепция современного естествознания. – М.: Логос, 2001. – С. 322; Ворожейкин И.Е., Кибанов А.Я., Захаров Д.К. Конфликтология: Учеб. – М.: ИНФРА, 2001. – С. 26–29.*

⁴ *Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. – 2-е изд. – М.: ИНФРА-НОРМА, 1998. – С. 518–519.*

Джерело верховенства права, що перебувало в розмаїтті правових юрисдикцій і правових систем усередині одного правопорядку, на думку І. Дж. Бермана, у ХХ столітті опинилося під загрозою, тому що в кожній країні простежувалася тенденція до поглинання різних юрисдикцій і систем однією централізованою програмою законодавства та адміністративного регулювання. Церква перестала бути ефективною протипагою світській владі. Звичай пригнічений законодавством та адміністративним контролем. Міжнародне право теоретично розширило власні домагання на переваги над національним правом. Але на практиці національне право або спеціально включає міжнародне, або зробило звернення до нього для окремих громадян неможливим.

Право стає більш суб'єктивнішим, спрямованим радше на зручність, ніж на мораль, більше дбає про миттєву вигоду, ніж про послідовність і наступність. У ХХ столітті розвивається історичний 'рунт західної традиції, а самій традиції загрожує руйнування.

На думку Г. Бермана, право не тільки факт, а й ідея, поняття і певний ціннісний критерій. Воно має інтелектуальні й моральні виміри. На відміну від матеріальних явищ, право формується з ідей та цінностей. Право на Заході від часів папської революції несло елементи традиційності. Традиція – це дещо більше, ніж історична спадковість, це імішування свідомих і несвідомих елементів¹.

Для східної традиції права притаманним є колективізм, протиставлення права й моралі, переважання неправових соціальних регуляторів², ототожнення права і закону, їх зв'язок з державним волевиявленням, прагнення сформулювати єдину концепцію праворозуміння, абсолютність одного з джерел права.

Зазначене, на думку Ж. Бержеля, незалежно від всіх глибинних мотивів цієї ідеї, здебільшого неточне і надзвичайно небезпечне. Для концепцій права, сформульованих після Другої світової війни, характерне відродження тенденцій, близьких до теорії природного права. Не існує такого юридичного устрою, який би надавав перевагу виключно одному із джерел права й нехтував іншими, але існують системи, у яких одне із джерел переважає над іншими. Взаємний вплив і взаємне доповнення правових джерел пояснюється їх природою і функціональною спорідненістю³.

¹ Там само. – С. 518–519.

² Василенко О.Н. Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2000. – С. 4.

³ Бержель Ж. Общая теория права / Под общ. ред. В.И. Даниленко. – М.: Изд. дом Nota bene, 2000. – С. 456, 145–146.

Г. Берман та Ж. Бержель вважають, що соціалістичні правові системи з учення про всемогутність держави висували на перший план правило абсолютного суверенітету закону й цілковитого підпорядкування йому судової практики. Сформувалася справді диктаторська правова система¹. Законність як основний постулат юридичного позитивізму, з позицій якого право – це сукупність норм, що виражають волю держави й забезпечуються її примусовими санкціями. Законодавство – основна форма та джерело, якому інші джерела (насамперед звичай, прецедент і справедливість) підпорядковані або злиті з ним.

На сучасному етапі на Європейському континенті, на думку К. Цвайгерта і Х. Кьотца, відбувається поступове ослаблення непорушної віри у примат закону, посилюється розуміння того, що прийняття рішення – це лише технічна й автоматична операція. Навпаки, у законі вбачють вираження загальних принципів, які дають великий простір для його тлумачення, унаслідок цього постійна судова практика стає самостійним джерелом права (у формі судових рішень). Абсолютне переважання на континенті права, що ґрунтується на законі, залишилося в минулому. У практиці судів континентальної Європи поступово здобуває визнання судове право і пов'язаний з ним, орієнтований на конкретні прецеденти стиль юридичного мислення. Доктрина правових джерел, яка утворилася в позитивістській теорії права, більше не відповідає сучасним методам здійснення правосуддя².

Р. Шнайер доводить, що юридичний позитивізм, у міру того, як він стає все витонченішим та реагує на критику, невпинно рухається до позицій, близьких до теорії природного права, а теорія природного права, у свою чергу, розвивається у напрямі юридичного позитивізму³.

Таким чином, досить тривалий період у теорії права домінував нормативний (позитивістський) підхід, відповідно до якого право визначається як державна воля, владне веління, загальнообов'язкове до виконання, закріплене в нормативно-правових актах і забезпечене примусовою силою держави, яка стоїть над суспільством. У межах позитивного типу пріоритет надавався формальним ознакам права, у межах неопозитивного типу – змістові. На практиці це означає, що у випадку розбіжності закону з будь-

¹ Там само. – С. 202–203.

² Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. – Т. I. Основы. – М.: Междунар. отношения, 2000. – С. 58–59.

³ Цит. за Скаун О. Ф. Динамика методологических подходов к праву // Право в системі соціальних норм: історико-юридичні аспекти: Матеріали XIII історико-правової конф. (м. Чернівці, 20–22 травня 2005 р.) – Чернівці: Рута, 2005. – С. 21; Bix B. *Jurisprudens. Theory and Context*. – London, 1996. – P. 12.

якими принципами й вимогами, яким він має відповідати, необхідно дотримуватися закону, а не цих принципів. Абсолютизація нормативізму у практичному плані виявилася особливо малоефективною, оскільки вона не в змозі забезпечити динамічну модифікацію правової системи, пристосувати її до нових інтересів і потреб. Актуальною також є вимога про необхідність відкинути визначення права як результату виключно державної діяльності, ототожнення його із законом, недооцінку природного характеру прав людини, погляд на державний примус як основний засіб забезпечення виконання норм права, адже зміст права створюється суспільством і тільки надання йому нормативної форми здійснюється державою. Право повинно розглядатися як критерій якості джерел права.

Позитивістські погляди співіснують із природними поглядами, коли право не відокремлюється від моральності, свободи та справедливості й має бути закріплене в законі, який від цього стає досконалішим. Такий компроміс різних принципів у чинному праві, з вимогою відповідності позитивного природному, що закріплений в низці сучасних конституцій та міжнародних документах, не означає їх теоретичного поєднання. Це необхідна умова максимально можливої згоди та продуктивної взаємодії між ними у процесі регуляції¹. На практиці це означає, що держави, які визнають природно-правову доктрину, не заперечують проти законодавчого закріплення прав і свобод людини. Представники сучасного позитивізму та природного права у своїх дослідженнях взаємодоповнюють одне одного. На думку І.Ю. Козліхіна, конфлікт існує не між різними типами праворозуміння, а між типами світорозуміння: ліберально-індивідуалістичним правовим (за своєю суттю) і колективістсько-етатистським за своєю суттю – неправовим².

На цьому історичному етапі здійснюється перегляд уже існуючих теорій та створення нових, які мають на меті розробити праворозуміння, адекватне суспільним умовам та вимогам наукового знання.

Особливістю розуміння джерел права в контексті сучасних концепцій права є запозичення із природно-правової концепції пошуку відмінностей між правом і законом, критеріїв правового закону; із соціологічного – погляду на суспільство як на джерело, критерій та мету реалізації права; із позитивістської концепції – визнання державно-владного характеру норм. Отже, відбувається поступове становлення і розвиток, освоювання і застосування інтегративно-дослідницької парадигми, що

¹ *Нерсисянц В.С.* Основные концепции права и государства в современной России // Иностранный опыт и отечественные традиции в российском праве. Всерос. науч.-метод. семинар. – Санкт-Петербург, 28-30 июня 2004 г. – С. 4.

² // Государство и право. – 2000. – № 3. – С. 5–11.

об'єднує різноманітні підходи до розуміння права. Іншими словами, не існує концепцій, які б у «чистому» вигляді походили або ґрунтувалися на природному чи соціологічному праворозумінні, прослідковується тенденція до інтеграції класичних концепцій в одну (всеосяжну). Кожен із класичних підходів пропонує розглядати право або у формальному, або у змістовому аспекті. Концепції, які розглядають право передовсім через такі поняття, як «справедливість», «свобода», «реальні суспільні відносини» тощо, часто розглядають формально-юридичну складову як вторинну, похідну від названих явищ. І навпаки, концепції, у межах яких право інтерпретується через поняття «норма», «юридичний текст», «закон», залишають поза увагою саме змістовий аспект. На наш погляд, право неможливо визначити виключно через форму або через зміст. Необхідно поєднати ці складові; право має розглядатись як складне цілісне явище з його об'єктивно-суб'єктивною природою.

При цьому чітко уявлення про те, що таке право, які його форми або джерела, що слід розглядати як правове, а що таким не є, має неопінене значення для правотворчої, правоохоронної та правозастосовної діяльності¹.

Отже, юридичний та соціологічний позитивізм, теорія природного права та лібертарна концепція мають на меті визначення юридичної природи права, ґрунтуючись на факті встановлення в різних формах прав й обов'язків. Ці концепції є первинними. Дві перші випливають із реального змісту права – норм права та праввідносин; дві останні беруть за основу те, яким право має бути. Похідною слід вважати інтегративну концепцію, що виникла у ХХ столітті. Аналіз проблем сучасного праворозуміння є підставою до визнання множинності джерел права та багаторівневості системи джерел права, вимагає комплексного – інтегративного підходу до вивчення та поглиблення теорії джерел права.

3.3. Українська юридична думка щодо проблем джерел права

Вітчизняна дореволюційна правова думка, ґрунтуючись на власній аксіологічній базі та використовуючи існуючий досвід теоретичного праворозуміння, сформулювала багато оригінальних концепцій та підходів до права.

¹ Марченко М.Н. Проблемы правопонимания в связи с исследованием источников права // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. – 2002. – № 3. – С. 15.

Помітною віхою у становленні філософсько-правових досліджень у Х столітті в Росії та Україні стала «Енциклопедія законодавства» Д. Неволіна, на думку якого сутність закону – це правда, а сутність звідки може бути визначена тільки у філософії. Перебуваючи під впливом вчень К. Савінїї, Г. Пухти, К.О. Неволін виклав основи права і їх світний розвиток відповідно до традицій історичної школи права. Під рмою закону він розумів «або звичаї, або закони у вузькому розумінні, » ж вчення законодавців». Закон, за сутністю своєю, є взагалі правда, сутність правди можна визначити тільки у філософії¹. Права та зв'язки в суспільстві визначаються і охороняються законом. Правило, яким повинні діяти моральні істоти у суспільстві, якщо вони не хочуть мовитися від самого життя суспільного, може бути назване законом спільним².

У середині ХІХ століття у вітчизняній правовій думці набувають ширення ідеї позитивізму як результат кодифікаційних процесів у сідній Європі та укладення Зводу законів Російської імперії. Наслідком було утвердження в суспільній свідомості тотожності поняття права закону. У Зводі законів почали шукати усе чинне право, водночас як д цей було складено лише із законів; звідси виникло припущення, що ине законодавство і є правом взагалі, що право й законодавство ожні, тому вивчати законодавство означає вивчати право, а знання онів є знанням права взагалі, правознавством³. Таким чином, право диться до законодавчих актів держави. Юридичний позитивізм заперує значення ціннісного й сутнісного підходів до розуміння права і ржави, обмежуючись емпіричними та формально-догматичними тодами.

У межах позитивізму склалися два його різновиди: юридичний итивізм або аналітична юриспруденція, та соціологічний позиивізм (включаючи психологічну школу права), з якого пізніше викає соціологія права. Прибічники юридичного позитивізму О.О. Жи- і, М.І. Палієнко, М.К. Ренненкампф, С.В. Пахман, М.О. Куплеватсь-

¹ *Неволін К.О.* Енциклопедія законодавства // Антологія української юридичної думки. В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В. Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; ш. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – 103–112.

² Там само. – С. 103–112.

³ *Редькин П.Г.* Из лекцій по истории философии права в связи с историей философии общ. – СПб., 1898. – С. 8.

кий розглядали право як вираження волі держави, як продукт її діяльності¹.

Зокрема, на думку С.В. Пахмана, право виражає міру свободи, яка становить його основу. Правознавство вивчає право не з точки зору інтересу, а саме з точки зору міри, величини, обсягу. Змішування соціологічного розуміння права з юридичним призводить до плутанини в поняттях і розчиненню правознавства в суміжних науках. Але це не означає, що право не слід розглядати як організований засіб захисту інтересів через створення прав і відповідних їм правовідносин. С.В. Пахман виступав проти отождення права з інтересом, підкреслюючи, що поки інтереси не врегульовані правом, вони ще не набули юридичного значення. У своїй праці «Про сучасний рух в науці права» автор зазначав, що поняття права може бути виведене тільки з його змісту. Все право має справу безпосередньо з діями людей, тобто з виявами їх волі у взаємовідносинах, і визначає міру такого вияву, охороняючи зовнішніми засобами, іншими словами, є мірою свободи у співжитті; ось його сутність, його внутрішня природа. Сама сутність права полягає не в обмеженні свободи, а в обмеженні її в тому розумінні, що право встановлює кордони, міру вільного вияву волі; воно вносить не узгодження, а навпаки – розмежування².

О.О. Жилін, прибічник юридичного позитивізму, стверджував, що відмінність між правовими нормами та іншими соціально-етичними правилами не в їх змісті або джерелі, від якого вони походять, а в суто формальних ознаках. Вчений стоїть на тій позиції, що право не обумовлюється державою, воно виникає раніше останньої.

Будь-який зміст права є несуттєвим для самого розуміння права. Правом О.О. Жилін вважає такі веліцня, які діють на людину незалежно від її бажання підкорятися або не підкорятися їм. Це правила, що регулюють життя людей в суспільстві. Ці норми – етичні за характером, є правилами необхідного для людської волі, що вільна виконати або не виконати їх.

¹ Десницький С.Ю. Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции, в публичном собрании императорского Московского университета говореннос... июня 30 дня 1768 года // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; Відп. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 15.

² Пахман С.В. О современном движении в науке права // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; Відп. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 116–124.

Цим вони відрізняються від природних законів, які означають існуюче, а не необхідне. Існують закони в матеріальному і формальному значеннях. У першому випадку – це встановлення державою обов'язкових норм. У другому – це закони, що їх видають органи законодавчої влади¹.

На позиціях юридичного позитивізму стояв професор Київського університету М.К. Ренненкампф, який використовував також і історичний підхід. Він досліджував поняття права і форми права. У роботі «Про право та моральність у їх взаємному відношенні» М.К. Ренненкампф зазначав, що для утворення юридичних норм необхідне їх визнання обов'язковими тим середовищем, у якому здійснювалось їх утворення. Цей момент є історичним; він здійснює простий погляд у юридичну норму, робить її обов'язковою, супроводжує примусом. Крайність цієї позиції викликала до життя появу нового напрямку – історичної школи, яка намагалася зрозуміти поняття і буття права в його об'єктивному здійсненні, в історії.

Закон, на думку М.К. Ренненкампфа, є найвища форма права: через неї держава висловлює свою волю свідомо, у певних словах і висловах, з усім необхідним авторитетом і владою. Право – це сукупність норм, що зумовлюють порядок спілкування, це конкретні юридичні норми, право є тільки там, де існує закон, встановлений суспільством². Історична школа твердила, що юридичні визначення, виведені наукою з відповідних законів, звичаїв і природи речей, також можуть бути обов'язковими, як закони і звичаї, але ця обов'язковість має залежати від внутрішньої сили і наукових визначень. Заперечення права юристів як самостійної форми права, панівне в сучасній науці права й законодавстві, цілком має підстави. Засади й визначення науки права – суть не норми права, а вчення, їх цінність визначається їхньою внутрішньою силою та згодою з істиною. Наука права може мати вплив лише похідний, діючи на погляди народу, суддів, законодавців шляхом переконання, наукових роз'яснень, а не зовнішньою примусовою силою³.

¹ Жилін О.О. Право и государство в их взаимных отношениях // Антологія української юридичної думки: В 6 т. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; Відп. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 546.

² Ренненкампф М.К. О праве и нравственности и их взаимном отношении, Юридическая энциклопедия // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемиченко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; Відп. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 147–167.

³ Там само. – С. 147–167.

М.А. Гредескул до переліку джерел права включав правові доктрини, юридичну практику, оскільки вважав, що правові норми в суспільстві залежать від наукових розробок правознавців, рівня правової свідомості та професіоналізму юристів-практиків. У праці «Лекції із загальної теорії права» М.А. Гредескул визначає право як сукупність норм, які приписують громадянам від імені суспільства правила поведінки, що мають на меті досягнення у примусовому порядку загального блага на підставі справедливості. Існує три способи вивчення права: 1) *догматичний* – право береться як текст певного змісту, а завдання зводиться до того, щоб знати зміст права і вміти застосовувати його у житті; 2) *історичний* – допомагає розкривати і пояснювати еволюцію права; 3) *соціологічний* – вивчає право як суспільне явище. Догматичний спосіб передбачає вивчення форм права – джерел права. Судова практика – форма того джерела права, що називається законом, – виникає на ґрунті застосування права. До необхідності встановлювати нове право суддю приводять властивості існуючого права. На цьому ґрунті він змушений грати у праві творчу роль¹.

Зазначені дослідження свідчать про обмеженість юридичного позитивізму, а саме: його відрив від соціальної та етичної характеристики права, а тому наприкінці XIX століття юридичний позитивізм поступається місцем теоріям соціологічного позитивізму, нормативно-соціологічному напрямку, а згодом – школі відродженого природного права.

Прихильники ідеї «відродженого природного права» (Є.М. Трубецької, Б.О. Кістяківський, Є.В. Спекторський, М.М. Ковалевський, А.М. Фатсєв та інші) основною тезою висували визнання ідеї особи як критерію правових норм, а не державного веління чи суспільної волі. Кожен громадянин мусить бути духовно діяльним у сфері права і на свій розсуд творити його². Пропаганда ідей відродженого природного права мала істотний вплив на розвиток дореволюційного українського правознавства та його орієнтацію на філософсько-правові дослідження, на критику юридичного позитивізму.

На думку Б.О. Кістяківського, необхідним є синтетичний підхід, що враховує множинність причин, які зумовлюють право, що дасть найдос-

¹ Гредескул М.А. Лекции по общей теории права // Антология української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; Відп. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 295–299.

² Кістяковський Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. – М., 1916. – С. 189.

товірніші результати дослідження і сприятиме багатогранному всеохоплюючому визначенню права: соціологічного, психологічного, державно-організаційного та нормативного. Крім того, дослідник приймає все дане у праві як явища і факти за певну реальність і не намагається абстрагуватися від неї. Такий багатоаспектний підхід може і дати наукове знання усіх сторін права, тобто усіх його виявів у різних сферах даного нам світу, і водночас сприятиме побудові цілісного знання про право, що обіймало б усі його сторони в їх єдності¹.

Природне право – основна норма, загальна ідея права, розумне начало позитивного права, а отже, основа його дії. Норми, їх існування, реалізація органічно пов'язані з певними формами, виражені в них. Саме тому позитивне право має злитий із своєю формою і зовні наявний (об'єктивований) характер, та сприймається як догма.

Позитивне право – це єдиний соціальний феномен з-поміж усіх інших, що також позначаються словом «право» (природне, моральне, звичаєве та ін.), яке є певного роду опредмеченою твердою реальністю, об'єктивованою даністю; втілюється у певній формі. Сутність інституційності права полягає в тому, що інакше як без набуття необхідних структурних характеристик позитивного права просто немає. І ті приписи, які можна було б назвати правом, не виконали б функції права, його призначення в житті суспільства, якщо не були б реалізовані. Зовнішні форми права (закон та інші джерела права) – це здебільшого вмістилище його фактичного змісту, «документальний вираз» права, свідчення його існування і дії. При формуванні права зовнішні форми відіграють істотну конститутивну роль, тобто функцію конституювання – формування, створення, утвердження даного об'єкта. Значення зовнішньої форми відчутне і при функціонуванні права, і не лише як джерело та інформаційний знак чинного права, а і як одна з умов, необхідних для існування та реалізації його властивостей.

Щодо поняття права, то воно лише виражає в концентрованому вигляді те, що ми знаємо про предмет. На перше місце слід поставити державно-організаційне або державно-вольове поняття права, яке різні вчені визначають як сукупність норм, виконання яких захищається і гарантується державою. Іншими словами, право є те, що держава вимагає вважати правом.

¹ Кистяковський Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права // Философия и социология права. – СПб., 1999. – С. 127, 352–353, 332–333.

На другому місці необхідно поставити соціологічне розуміння права. У цьому контексті право є сукупністю правових відносин, в яких здійснюються та кристалізуються правові норми.

Третє місце посідає психологічне поняття права, як сукупність тих психічних переживань обов'язку чи зобов'язань, які мають імперативно-атрибутивний характер.

Четверте поняття права – нормативне, коли право визначають як сукупність норм, що містять у собі ідеї про необхідне, які визначають зовнішні відносини між собою.

Водночас, Б.О. Кістяківський зауважував: дійсне існування права не у статтях і параграфах законів, надрукованих у кодексах, а у свідомості як усього суспільства, так і кожного громадянина. Головне й найсуттєвіше у змісті права – свобода. Правові норми зумовлюють поведінку, містяться у свідомості людини, а виражені у статтях закону й застосовані, вони набувають зовнішнього існування. Ігнорування внутрішнього, інтуїтивного права є показником низького рівня правової свідомості. На думку дослідника, закон не є єдиним джерелом права, поряд існують інші – звичаєве право, судова практика, правова доктрина; закон має значення тільки в поєднанні з ними. Акцентуючи увагу на судовій практиці, Б. Кістяківський вважає суддів творцями нового права. Невизнання ж таких повноважень за суддями є результатом низької правової свідомості суспільства¹.

Є.В. Спекторський, так само як і Б.О. Кістяківський, на відміну від прихильників юридичного позитивізму, намагався створити синтетичний метод дослідження права, поєднати юридичний догматизм із соціологічним підходом; пропонував створити «гносеологічну юриспруденцію» як теорію юридичного пізнання. Учений розрізняє поняття «право» і «закон». Юридичні норми – це норми етичні, вони регулюють домагання, ставлення людей одне до одного.

Під правом в об'єктивному сенсі розуміють так зване позитивне право, тобто сукупність загальних юридичних норм, визнаних обов'язковими в тій чи іншій державі. Під правом у суб'єктивному сенсі розуміють приватні відносини та обов'язки між окремими особами².

Близькими до цього були думки, сформульовані Є.М. Трубецьким у праці «Лекції з енциклопедії права». Учений ґрунтувався на не-

¹ Кістяковський Б.А. В защиту права // Вехи. Из глубины. – М., 1991. – С. 122–145.

² Спекторский Е.В. Энциклопедия права // Антология украинской юридической мысли: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; Відп. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 457.

обхідності визнання ідеї права моральною основою законодавства. Він намагався створити теорію природного права, яка б синтезувала в собі елементи природно-правового та соціологічного напрямів. На його думку, право – це сукупність норм, які надають соціальним суб'єктам свободу й водночас обмежують її. Він розглядав право в об'єктивному розумінні – як сукупність усіх юридичних норм, а у суб'єктивному – як сферу зовнішньої свободи, що дається людській особі нормами об'єктивного права. Це права, обов'язки, правові відносини¹.

Таким чином, на характер досліджень наприкінці ХІХ століття значний вплив мали ідеї неокантіанства, в яких використані погляди І. Канта на державу і право в їх моральній основі, що ґрунтується на законах розуму. У зв'язку з цим, у науці розвивається нормативно-соціологічний напрям як синтез юридичного позитивізму й неокантіанства, що включає висновки не тільки догматичної юриспруденції, а й соціологічної та психологічної шкіл права. Прибічники цього напрямку водночас підкреслювали значення соціальних і духовних процесів та інститутів як передумови формування позитивного права.

На думку С.С. Дністрянського, в основі пізнання права має лежати певний «соціологічний дослід». У руслі соціологічного напрямку у правознавстві автор підкреслював соціальний характер норм і природних засад права. Право – це людський твір, призначений для людей. Пануюча теорія називає звичаєве право, закони, а іноді й суддівську практику та правничу науку джерелами права. Це остільки неточне, що, по суті, джерело права є там, де право бере свій початок, і тим джерелом можуть бути лише суспільні зв'язки, як такі. Уже звичай і т. д. є лише соціальною основою права серед поодиноких зв'язків. Тому звичаєве право, закони і т. д. можуть бути шойно основними формами, в яких виявляється право. Первісною формою будь-якого права є звичаєве право. Закони це державно усталені основи суспільного життя, чи поміж людьми, чи стосовно людей до держави або держави до людей. Звичаєве право і закони є головними формами, в яких проводиться процес творення права. Наука права є важливим шляхом, на якому твориться право, яке називаємо правом юристів. Суддям приходиться творити нове право, і то не лише нове право для тієї держави, котрої він є органом, але чимало й цілком нове право, яке ще не існувало в жодному суспільнім зв'язку. Усі ті норми, якими слуга послугується або які наново витворює поза законами держава, називаємо природними основами права. Усе нове право стає новою

¹ Трубецької Е.М. Лекции по энциклопедии права. – М., 1919. – С. 85–87, 157–160.

нормою держави, а авторитетом, який заступає державу, є суддя. Лише в таких межах судова практика може бути безпосередньо основою позитивного права¹. Крім того, розрізняючи джерела і форми права, С.С. Дністрянський констатував: право має свої джерела (суспільні зв'язки), соціальні основи (звичаї, авторитет суспільного зв'язку, воля членів останнього) та певні соціальні форми (звичаєве право, закони, право юристів, судове право)².

Прибічники соціологічного підходу тлумачили право не як систему законодавства або ієрархічну систему волевстановлених норм, а як явище, зумовлене фактичними суспільними відносинами, як «живе право», і протиставляли його «мертвому закону». Отже, увага переноситься із системи джерел права на юридичну (судову) практику. Правом визнається будь-яке судове рішення незалежно від його змісту.

Крім того, важливими положеннями соціологічного підходу є такі: норма, що не втілюється і не здатна втілитися у реальних правовідносинах, не є правовою; рішення, що лежить в основі правовідносин, завжди відрізняється від норми.

Вагомою подією у контексті дослідження права та його джерел стала праця М.Ю. Чижова «Джерело і форми права», в якій автор вказує: для того, аби бути доступним розумові й почуттям людей, право втілюється у відповідні форми, що тісно пов'язані з джерелом життя. Людина знаходить і використовує джерело права тільки через правосвідомість. На цьому ґрунтується доктрина загальних прав людини. Свобода особи обмежена законом права, так щоб і інші особи були також вільні й мали відповідні права. На думку вченого, право має ґрунтуватися на справедливості, яка створюється на основі свободи. Без цього особа втрачає свою свободу, право і самостійність. Норми права за суттю своєю мають збігатися зі справедливістю. Водночас вони існують зовні і є примусовими тільки для осіб, поведінка яких суперечить етичним вимогам людського духу. Думка про право і вирішення питання про джерело права збігається в часі з виникненням первісних форм соціального життя людства. На законі, що веде до істини (логічному), ґрунтується сфера людського знання. На законі, що веде до прекрасного (естетичному), ґрун-

¹ Дністрянський С.С. Загальна наука права і політики // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В. Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко. Відп. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 407.

² Возний В. Правова концепція С. Дністрянського // Право України. – 1999. – № 6. – С. 116.

тується сфера мистецтва. Право, як начало, що ґрунтується на загальному етичному законі, який веде до гармонії людської діяльності із сутністю предметів, яких вона стосується вже за своїм принципом та походженням, має вводити гармонійне поєднання людських відносин. Саме тому право є регулятором людських відносин. Без цього право не мало б свого значення, оскільки воно не відповідало б своєму началу – етичному закону.

Джерело права ми визначимо тоді, коли усвідомимо природу свідомості, яка відкриває закони й потреби людського духу як причини майже всіх соціальних явищ, до яких належить і право. Отже, людина знаходить і бере джерело права тільки через самосвідомість.

Першооснову права, на думку М.Ю. Чижова, людина повинна шукати в етичному законі людського духу, який спрямовує людське практичне життя, проникаючи крізь колективну сторону людини в соціальне середовище, стаючи витвором останнього, набуває форми норм права¹. Таким чином, М.Ю. Чижов, відстоюючи природно правові позиції, визначив право як багатоаспектне явище, складність якого зумовлює неможливість його спрощеного розуміння.

Отже, особливостями розвитку правової думки в Україні наприкінці XIX – початку XX століття був потяг до теоретичних та філософських проблем права, етичних основ права, його змісту й сутності. Відповідно до цього, українські вчені-правознавці заклали основи етико-морального розуміння права, розвинули низку демократичних ідей і концепцій, спрямованих на гуманізацію змісту держави та права, формування принципу верховенства права, пов'язаності держави правом, різноманітності форм його вияву, а отже, різноманітності джерела права.

Розвиток вітчизняного праворозуміння в період після Жовтневої революції визначається продовженням попередніх традицій, плюралізмом наукових підходів з одночасним революційним ставленням до права як інституту, що поступово відмирає². Відповідно до цього, були підтримані лише ті погляди, які не суперечили офіційній ідеології, зокрема, заклики до боротьби проти буржуазних правознавців і тих юристів, які опинилися в полоні у старій буржуазній юридичній методології, тверд-

¹ Чижов Н. Право и формы права. – Варшава, 1787. – С. 253; Чижов М.Ю. Источник и формы права // Антологія української юридичної думки: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. – Т. 1: Загальна теорія держави та права, філософія та енциклопедія права / Упорядники: В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко, Н.М. Пархоменко; Відп. редактори В.Д. Бабкін, І.Б. Усенко. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2002. – С. 230–241.

² Детальніше про цей період в розвитку правознавства див. у підрозділі 3.1. «Джерела права в класичних концепціях праворозуміння».

ження про неможливість обмеження влади законами, зміст яких має визначатися революційною доцільністю у кожний даний момент¹.

Тільки після закінчення Великої Вітчизняної війни, а потім розвінчання культу особи Й. Сталіна юридична наука в УРСР пережила етап відродження. Насамперед, це знайшло вираз у розширенні тематики наукових досліджень. Зокрема, у галузі теорії держави і права розроблялись проблеми застосування норм права, змісту правосвідомості громадян тощо. На жаль, безпосередньо проблеми праворозуміння і джерел права не отримали глибокого аналізу. У цей період на теренах України переважна більшість науковців намагалися визначити поняття правових норм, права, закону, джерел права, дотримуючись виключно класових позицій.

Зокрема, П.О. Недбайло у праці «Радянський закон у системі державно-правових актів» констатував, що закон є єдиним державним засобом охорони, закріплення і розвитку суспільних відносин і порядків, вигідних панівному класові. Для цього панівний клас встановлює або санкціонує у формі закону обов'язкові для всіх норми поведінки, виконання яких забезпечується примусовою силою держави. Крім закону, правові норми можуть бути виражені у вигляді підзаконних державно-правових актів, правових звичаїв та в інших формах. Безпосереднім джерелом правових норм як правотворчої сили є державна воля панівного класу та всього радянського народу, сутність якої становлять загальні інтереси цього класу, але виступає вона як загальнообов'язкова воля і визначається матеріальними умовами життя суспільства. П.О. Недбайло акцентував увагу виключно на юридичних (формальних) джерелах норм права – законах, актах органів управління. На його думку, це обумовлюється наявністю єдиного органу державної влади, який одноосібно здійснює регулювання певних відносин і актам якого надається найвища юридична сила. У буржуазних державах не було і немає такої форми їх діяльності, як здійснення вищої влади одним певним органом державної влади. Тому буржуазна наука вимушена давати два поняття, два критерії відмінності актів законодавчої влади від актів інших органів державної влади – формальний та матеріальний².

До середини ХХ століття в Україні серед теоретиків права загальною була позиція, відповідно до якої право визначалось як державна воля

¹ *Калганович Л.М.* Двенадцать лет строительства Советского государства и борьба с оппортунизмом // Советское государство и революция права. – 1930. – № 1. – С. 9.

² *Недбайло П.Е.* Советский закон в системе государственно-правовых актов // Ученые записки Львов. гос. ун-та имени Ивана Франко. – Т. XIV. – 1949. Серия юридическая. – Вып. 1. – С. 5–20.

панівного класу, виражена у вигляді загальнобов'язкових правил поведінки, воля, зміст якої визначається матеріальними умовами життя панівного класу. Формулювання правових норм при цьому можливе двома способами: або встановлення нових правил поведінки (у формі законів, постанов уряду тощо), або санкціонування (тобто надання правового характеру) старих правил співжиття, що склалися як звичай, але не мали раніше загальнобов'язкового значення. Правосвідомість як сукупність правових поглядів не можна змішувати з правом. Правосвідомість – це правові уявлення, правові вимоги, що існують у свідомості класу. Правом є лише ті правові вимоги панівного класу, які «піднесені до закону», тобто виражені у формі закону або іншого нормативного акта компетентними органами держави. Правосвідомість є безпосереднім джерелом права, зв'язною ланкою між економікою і правом¹.

У 70–80-ті роки у вітчизняному праворозумінні намітилися критичні тенденції щодо етатистської концепції права. Відбувся перехід до так званого широкого праворозуміння, який отримав подальший розвиток із здобуттям Україною незалежності. Зокрема, В.В. Копейчиков, зазначав, що сучасне розуміння сутності правоутворення ґрунтується на концепції спільності та відмінності права й закону, згідно з якою право може існувати й поза своєю інституційною формою (законодавством) у вигляді рівного та справедливого масштабу свободи, який знаходить своє відображення у правових принципах, суб'єктивних правах, конкретних правовідносинах тощо. Громадянське суспільство безпосередньо утворює право у формі типових конкретних правовідносин, що зумовлені соціальними чинниками, емпіричною правосвідомістю населення. Держава формулює це «право суспільного життя» у формалізованих, загальнобов'язкових правилах поведінки, зовнішньо відображених у законодавстві – системі нормативно-правових документів. Відповідно до того, що право існує не у вигляді тільки правових норм, а й правосвідомості, правовідносин, правомірної поведінки (втілення загальних правових приписів у конкретні правові відносини), доцільно виділити рівні правоутворення: гносеологічний, який відображає процес виникнення і становлення права у формі правосвідомості; матеріальний, на якому право формується у вигляді конкретних правовідносин; інституціональний, якому притаманне існування права як системи правових норм. В.В. Ко-

¹ Назаренко С.В. Теорія держави і права (Предмет і метод теорії держави і права. Подходження і суть держави і права). – К.: Вид-во Київ. держ. ун-ту ім. Т.Г. Шевченка, 1958. – С. 83–106.

пейчиков розрізняє внутрішню та зовнішню форму права. Для позначення цього явища використовується також термін «джерело права». Цей термін часто використовується у двох аспектах: соціальне (матеріальне) джерело права і юридичне.

Якщо під джерелом розуміти те, що породжує право, то для суб'єктів, які встановлюють юридичні норми, і суб'єктів, які їх застосовують, джерела права різні. З одного боку – це соціально-правові джерела, в тому числі об'єктивні і суб'єктивні (матеріальні та ідеальні): юридичний мотив, суспільні відносини, які мають правову природу, правосвідомість тощо, та юридичні-нормативні приписи, юридична практика, юридична наука тощо. Воля державних органів не утворює суспільних відносин, а формулює та відображає їх. Тому логічно джерелом права вважати те, що породжує їх, а не відтворює чи формулює, оскільки право може встановлюватися і поза офіційною формою – законодавством. З іншого боку, поняття форми права розкриває те, як право, правові норми встановлюються та відображаються зовні. З цього погляду форми встановлення права – це засоби (види) юридичного нормовстановлення (правотворчості)¹.

Для початкового періоду формування незалежної державності України були характерними кроки до становлення самостійної правової системи й водночас невизначеність праворозуміння, яке має стати основою парадигми розвитку вітчизняної юридичної науки, теоретичним підґрунтям практичного впровадження норм Конституції України в життя, побудови вітчизняної системи права і системи джерел права. При цьому необхідно констатувати й певні зрушення. Відбулася відмова від радянської концепції прав й свобод людини, дарованих державою. Зокрема, у Конституції України закріплене широке коло особистих політичних, соціальних та економічних прав і свобод людини та громадянина (розділ II). Права і свободи людини є невідчужуваними, не вичерпними, гарантуються і не можуть бути скасованими; при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22 Конституції України).

На думку Ю.С. Шемшученка, у вітчизняному праворозумінні спостерігається тенденція відходу від класичних визначень права, наповнення його непритаманним йому змістом, розмивання поняття права в системі інших регуляторів суспільної поведінки. Право є категорією, так би

¹ Загальна теорія держави та права: Навч. посіб. / За ред. В.В. Кофійчикова. – К.: Юрінком 1997. – С. 159–163.

мовити віртуальною, тобто сукупністю «плаваючих» регулятивних норм, зафіксованих у різних законах та інших нормативно-правових актах¹.

Щодо природного права, то для сучасного праворозуміння становить інтерес не природне право як таке, а лише його морально-гуманістичний аспект. Утілюючи етичні постулати й моральні імперативи у тканину позитивного права, можна домогтися його «оприроднення», більшої, так би мовити, «людяності» цього права. Але саме природне право, яким би гуманістичним воно не було, не може замінити позитивного права як загальнообов'язкового засобу регулювання суспільних відносин².

Щодо «вузького» та «широкого» підходів до визначення права, то у рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 року у справі за конституційним поданням Верховного Суду України про відповідність Конституції України положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) зазначено, що «...право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Широкий підхід до визначення права зумовлений намаганням фахівців прийти до розкриття сутності права як багатогранного явища, не тільки у статистиці, а й у динаміці, під кутом зору визначення його ефективності в процесі реалізації. І це – закономірно. Слід тільки враховувати, що правові принципи і правосвідомість є важливими, але вторинними, похідними від права у його нормативному розумінні категоріями. Що ж до норм моралі, традицій та звичаїв, то вони виступають самостійними соціальними регуляторами суспільних відносин, тісно пов'язаними з правом, але не тотожними йому, оскільки їм не властива риса загальнообов'язковості та державного примусу»³.

П.М. Рабінович запропонував соціальну теорію права, сутність якої полягає в тому, що природа права закорінена в потребах людини, і вся історія розвитку права є історія задоволення потреб людини через право. Право, на думку дослідника, – це об'єктивно зумовлені біологічними та соціальними факторами конкретні й реальні можливості задоволення потреб (інтересів) людини, справедливо збалансовані з можливостями за-

¹ Шемшученко Ю.С. Що є право? // Антологія української юридичної думки: В 10 т. / За заг. ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – Т. 10: Юридична наука незалежної України. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2005. – С. 30, 38–39.

² Там само. – С. 41.

³ Там само – С. 42.

доволення потреб (інтересів) інших людей, їхніх спільнот і об'єднань та й усього суспільства¹.

П.М. Рабінович звертає увагу на розмежування загальносоціального права – реальних можливостей учасників соціального життя, що об'єктивно обумовлені існуючим рівнем розвитку суспільства й повинні бути загальними й рівними для всіх, і права юридичного². Учений намагається вийти за межі протистояння: природне право – позитивне право, право – закон. Відштовхуючись від категорії «сенс права», він об'рунтовує необхідність взаємної відповідальності суспільства, держави, особи задля забезпечення соціальної солідарності, вирішення суспільних конфліктів. При цьому підкреслюється соціальний характер права і, відповідно, загальносоціальне право. Останнє виникає та існує незалежно від держави, формується всіма інститутами громадянського суспільства, має загальносоціальну природу і є загальносоціальним феноменом. Зовні загальносоціальне право виявляється у вигляді принципів правопорядку. Юридичне право – засіб і форма конкретно-історичної інтерпретації та реалізації прав людини – внутрішнє законодавство, нормативно-правові акти. Таке право – наслідок державної діяльності є втіленням вказаних принципів через державне волевиявлення. Загальносоціальне право не охоплюється повністю юридичним правом, яке є системним, загальнообов'язковим, формально визначеним, закріпленим у нормативно-правових актах. У сучасних умовах спостерігається наближення загальносоціального та юридичного права і все більшого значення набуває ознака моральності, яка є основою загальносоціального та юридичного права³.

Розглядаючи інтегративний підхід в контексті методології, П.М. Рабінович вважає його об'єктивно обумовленим низкою закономірних соціальних процесів, у тому числі й глобалізацією. Однак він не тільки не повинен суперечити вимогам системного підходу, а має бути його своєрідною конкретизацією, інструментом реалізації його вимог. Інакше інтеграція є не що інше, як еkleктизація, тобто механічне, досить довільне перемішування кількох (зазвичай добре відомих) теорій, концепцій, поглядів.

¹ Рабінович П.М. Соціальна сутність права у світлі потребового підходу // Вісн. Акад. правових наук України. – 2005. – № 1 (40). – С. 14; Права людини: соціально-антропологічний вимір: Колективна монографія. Праці Львів. лабор. прав людини і громадянина Наук.-дослід. ін-ту держ. будівництва та місцевого самоврядування Акад. правових наук України / Редкол.: П.М. Рабінович (голова редкол.) та ін. – Серія І. Дослідження та реферати. – Л.: Світ, 2006. – Вип. 13. – С. 115.

² Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. – К.: Атіка, 2001. – С. 9.

³ Там само. – С. 74–78.

На думку О.Ф. Скакун, розуміння права – це питання нашої правосвідомості, правового мислення, інтерпретації права. У контексті розвитку правових теорій, розуміння права – це плід правосвідомості епохи, суспільства, соціальної групи, особи, правосвідомість є своєрідною і не зводиться до єдиного розуміння, нехай і досконалого й глибоко об'рунтованого.

На межі ХХ та ХХІ століть відбулася зміна правових уявлень про загальнообов'язкові правила поведінки. Але не самого права! Оскільки воно є об'єктивно обумовленим атрибутом суспільного розвитку, виявом соціальної необхідності, соціальної закономірності. Право, на думку дослідниці, не має історії. Історію мають інтерпретації права у вигляді різних теорій, в тому числі й ті, що стали правовими доктринами. Утілені в нормативних актах та інших джерелах права своєї епохи та свого народу, вони надають своєрідності правовим системам, що виражається у їх багатоманітності. Праворозуміння не може бути обмежене одним лише баченням проблеми. Пліуралізм методологічних підходів до права, його природи був і буде.

Повна відмова від юридичного позитивізму не виправдана, а його критика не завжди об'єктивна. Нормативістський елемент обов'язковий не лише як сутнісний елемент права, що розкриває його регулятивний характер, але і як засіб його демістифікації. Ні теорія природного права, ні філософське об'рунтування права, що орієнтуються на теорію природного права в сучасному розумінні, самі по собі не існували й існувати не можуть, їх призначення полягає в тому, щоб бути втіленими в позитивному праві. Цінним є те, що не припиняються пошуки єдиної основи права як багатоаспектного соціального явища. Інтегративна (комунікативна) теорія права в умовах глобалізації уявляється найраціональнішою. Саме інтегративний підхід, на думку О.Ф. Скакун, поєднує все цінне в сучасних концепціях праворозуміння¹. Джерела права, на думку дослідниці, – це зовнішні, офіційно-документальні способи вираження (організації, існування) змісту права, які йдуть від держави або визнані нею. Термін «джерело» використовується в розумінні джерела, основи, кореня правового розвитку. Під формою розуміють оболонку буття цього явища, спосіб організації змісту, його зовнішній вигляд. Джерела права розуміють у значеннях: матеріальному, ідеологічному,

¹ Скакун О. Ф. Динамика методологических подходов к праву // Право в системі соціальних норм: історико-юридичні аспекти: Матеріали ХІІ історико-правової конф. (м. Чернівці, 20–22 травня 2005 р.) – Чернівці: Рута, 2005. – С. 17–24; Скакун О. Ф. Теорія суверенізму та права. – Х.: Консум, 2000. – С. 235.

формальному (юридичному). Джерела права у формальному (юридичному) значенні – це зовнішня форма вираження і закріплення правових норм, вияв буття об'єктивно існуючих правових норм, тобто спосіб вираження міри охоронюваного державою права. Терміни «юридичне джерело права» і «форма права» мають однаковий зміст. Уживання терміна «джерело (форма) права» означає, що йдеться про джерела права у формальному (юридичному) значенні¹.

М.В. Цвік, також прихильник інтегративного праворозуміння, вважає, що існування науково об'рунтованого і перевіреного практикою праворозуміння дозволяє відрізнити право від суміжних нормативних категорій, правові відносини від неправових.

Зміст праворозуміння охоплює значно більше, ніж позначення меж права, тому бажано, щоб визначення права мало інтегративний характер, тобто із загальних позицій враховувало найголовніші його ознаки й відображало загальнофілософський підхід до цього явища. З погляду на право як на один з найважливіших чинників сприяння соціальному прогресові, його слід розглядати як міру свободи й рівності, що відображає панівні уявлення про справедливість і потреби суспільного розвитку, основи яких складаються у процесі повторюваних суспільних відносин, що визнаються, схвалюються й охороняються державою. При закріпленні міри свободи й рівності суб'єктів суспільних відносин у нормативних актах та інших формах права не виключаються відхилення від потреб суспільного розвитку і вимог справедливості. Зберігаючи юридичну форму, відповідні приписи внаслідок цього можуть стати неправовими за змістом. У системі правових актів України існує один беззастережно правовий закон – Конституція, що є критерієм визначення правового характеру приписів усіх інших нормативних актів².

Щодо «правових» та «неправових» законів, то цей аспект праворозуміння, на думку Ю.С. Шемцученка, пов'язаний із змістом закону. Останній має враховувати загальновизнані принципи права (рівності, справедливості, гуманізму тощо), але з об'єктивних і суб'єктивних обставин так буває не завжди. В останньому випадку йдеться про неякісні закони. Констатувати, що такі закони є «неправовими», можна тільки з певною мірою умовності, оскільки для доведення цього потрібні відповідні легітимні структури та процедури.

¹ Скакун О.Ф. Теорія держави і права: (Енциклопедичний курс): Підруч. – Х.: Еспада, 2006. – С. 451.

² Цвік М. Про сучасне праворозуміння // Вісн. Акад. правових наук України: Зб. наук. пр. – 2001. – № 4 (27). – С. 3–12.

Абстрактні міркування, які протиставляють добре право поганому закону, у своїй основі є деструктивними. Вони не тільки підривають повагу до закону, а й суперечать принципів, за яким закон діє доти, поки не буде скасований у встановленому порядку. Таким чином, концепція «правового і неправового» закону при її зовнішній привабливості страждає своєю невизначеністю. Беззастережне сприйняття її пов'язане із загрозою ерозії законності у країні¹.

Право, на думку М.В. Цвіка, існує у двох рівнях. До першого належить широке коло норм із загальних важливих питань, що становлять основи правового регулювання. На різних етапах свого розвитку держава формулює у правових законодавчих приписах ті правила (нормативні установки), що об'єктивно склалися в суспільстві. Таким чином здійснюється формулювання основ права, що є першим, найважливішим етапом процесу правоутворення. На цьому етапі забезпечується юридичне оформлення і захист різних за змістом основних правил.

Закріплюються також ті правила, що переносяться з одного етапу розвитку суспільства в інший у порядку наступності; норми транснаціонального різновиду, що як цінний досвід запозичені або реципіювані із зарубіжних правових систем, монтується у національне право (у тому числі норми міжнародних договорів, правових актів).

На другому етапі правоутворення держава, відповідно до сьогоденних потреб, керуючись змістом основ правового регулювання і діючи на основі принципів законності й доцільності, безпосередньо встановлює і змінює правові нормативи. Тільки на цьому етапі має місце пряма участь держави у творенні права. Юридичні акти та приписи, що видаються державою, мають безпосередньо правовстановлюючий характер.

Наявність двох рівнів існування правових правил поведінки не означає дуалізму у праворозумінні. Останнє є моністичним, оскільки встановлення деталей правового регулювання за змістом є прямим продовженням закріплення його основ, засобом його поглиблення².

Водночас право не треба змішувати з формами його існування – законодавством, судовим прецедентом, санкціонованим звичаєм, договором. Право може виникати до їх появи, існувати в єдності з ними і незалежно від них. Право може діяти до появи законодавства (дозаконодавче право)

¹ Шемшученко Ю.С. Що є право? // Антологія української юридичної думки: В 10 т. / За заг. ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. – Т. 10: Юридична наука незалежної України. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2005. – С. 30, 38–39.

² Цвік М.В. Сучасне праворозуміння – методологічна основа правової науки // Методологічні проблеми правової науки: Матеріали міжнар. наук. конф. (Харків, 13–14 грудня 2002 р.) – Х.: Право, 2003. – С. 88–91.

у вигляді правовідносин на основі багаторазового повторення і захисту державою певних дій або відносин. З появою держави право закріплюється нею в нормативних актах або інших джерелах. Природні права, судова практика, прецедентне і звичаєве право, що мають нормативну природу, можуть діяти або діють і поза законодавством (позазаконодавче право)¹.

На думку М.А. Дамірлі, вихід у сучасне праворозуміння вбачається в реалізації історіософського підходу до права в його русі в різних цивілізаціях та культурах, виявлення шляхів правового розвитку суспільства, ролі права у світі, який глобалізується, осмислення поєднання загальнолюдського й національного у правовому розвитку, аналізу права як першооснови світового порядку. У зв'язку із багатомірністю права, доцільними є пропозиції про необхідність урахування таких ознак права, як його соціальність (соціологічний вимір), як явища культури (культурологічний вимір), як явища, у центрі якого – людина (антропологічний вимір). Ці три фундаментальні виміри правової реальності, виражені в антропосоціокультурному підході, здатні вивести на нові рубежі праворозуміння². Цю думку поділяє В.М. Селіванов, який зауважував, що становлення сучасної вітчизняної правової парадигми, на відміну від колишньої радянської, здійснюється в напрямі від державоцентризму до людиноцентризму; вона спрямована на розуміння права не як функції держави, а функції організації суспільства; на розмежування права й законодавства; на сприймання загальноцивілізаційних надбань і цінностей у галузі права й держави, насамперед інституту захисту прав і свобод людини та громадянина.

Сутність чинного законодавства має становити розуміння права як загальної і рівної міри свободи індивідів. Отже, сучасне праворозуміння не повинно призводити як до заперечення нормативного характеру права, так і до розгляду його лише як юридичного аспекту права. Воно вимагає визначення закону в правовому вимірі, усвідомлення закономірностей співвідношення права і юридичного закону, міри саморозвитку права як явища – з одного боку, недержавного походження, а з іншого – міри його походження від держави, зокрема у формі юридичного закону³.

¹ Цвік М.В. Фундаментальні проблеми теорії права // Антологія української юридичної думки. В 10 т. / За заг. ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. –Т. 10: Юридична наука незалежної України. – К.: Вид. Дім «Юридична книга», 2005. – С. 53.

² Дамірлі М.А. Право и история: Эпистемиологические проблемы: (Опыт комплексного исследования проблем предмета и структуры историко-правового познания). – СПб: Изд-во Санкт-петерб. ун-та, 2002. – С. 265–268, 387.

³ Селіванов В. Співвідношення права і закону // Вісн. Акад. правових наук України: Зб. наук. праць. – № 3 (38). – С. 19–23.

А.П. Засць вважає, що право необхідно розуміти не як сукупність норм, встановлених державою, а як сукупність правил належного, правил поведінки (масштабу, міри), корпусу правил, які легітимовані суспільством, ґрунтуються на історично досягнутому рівні соціальної етики¹. Таке розуміння права має формуватися на поєднанні «раціональних зерен» концепції природного права та урахуванні принципу історизму. Згідно з ними, право й закон розмежовуються, першість належить праву як нормативному закріпленню справедливості, що ґрунтується на природних правах людини, які є невід'ємними внаслідок її народження, а закон розглядається як його форма, покликана відповідати праву як його змісту².

Цікавою є думка О.М. Литвинова щодо перспектив природного права: безпідставними й нелогічними є закиди щодо абстрактності положень природного права. Їх критики не враховують синкретичний характер норм традиційного архаїчного суспільства, розвиток найвпливовіших правових систем стосовно прав людини та правової держави й закріплення цих положень в існуючих сьогодні міжнародних документах (Загальна декларація прав людини 1948 року). Вони зазначають такий шлях розвитку, який можна назвати магістральним, а ґрунтуються на «абстрактних» ідеях невідчужуваних прав людини, які є фактично за змістом охоронними й моральними, але отримали могутню теоретичну підтримку (Т. Гоббс, Б. Спіноза, Дж. Локк). Природне право ґрунтується на сутнісному (абстрактному, загальному) в житті людини. Порушення цього призводить до розв'язання правових проблем неправовими засобами, що є помилкою логічного характеру й показником низького рівня розвитку суспільства. Абстрактність природного права потребує поступового напруження волі й роботи думки, дає можливість вибору, вчинку, моральної відповідальності, оскільки ґрунтується на найкращих культурних досягненнях³.

Сучасне праворозуміння, на думку Ю.М. Оборотова, зумовлене новим співвідношенням між правом і державою в руслі правового світогляду, що зумовив дві традиції в розумінні цього співвідношення і, у зв'язку з цим, існуванням двох різних концепцій: правової держави та правління права.

¹ Засць А. Принципи верховенства права (теоретико-методичне обґрунтування) // Вісн. Акад. правових наук України: Зб. наук. праць. – 1998. – № 1. – С. 3.

² Гайворонський В. Джерела права // Вісн. Акад. правових наук України: Зб. наук. праць. – 2001. – № 3 (26). – С. 60.

³ Литвинов О.М. Право як феномен культури: метафізичні основи природного права // Методологічні пробл. правової науки: Матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 13–14 грудня 2002 р.) – Х.: Право, 2003. – С. 136–138.

Для концепції природного права питання «що таке право?» справді є проблемою. Для позитивістського підходу воно не існує, оскільки для нього право – це вже офіційно дане, чинне законодавство, позитивне право. Для юридичного позитивізму існує інша проблема: як будувати універсальну дефініцію права, відповідно до того, що ця дефініція, з одного боку, має бути вільна від суперечностей і багатозначності, а з іншого – має відповідати емпіричному матеріалові – законодавству, яке постійно змінюється.

Підходячи до вивчення тієї чи іншої традиції права, дослідник, на думку Ю.М. Оборотова, вже має попереднє розуміння, задане йому тією традицією та історією права, до якої він сам належить¹.

На думку В.Д. Бабкіна, необхідно враховувати плюралізм існуючих підходів до осмислення природи права. Деякі філософсько-правові концепції вбачають вихідну ланку такого осмислення у природному праві як системі принципів і правил життєдіяльності людей (право на життя, продовження роду людського, самоутвердження, на власність, особисту гідність, свободу думки, волевиявлення тощо). Ці ідеї та принципи, відображаючись за допомогою розуму через правосвідомість, набувають характеру ідей у вигляді норм позитивного права. Саме природне право не може виступати регулятором поведінки людей, оскільки його вимоги невизначені, неконкретні. Як слушно зауважує В.Д. Бабкін, деякі науковці намагаються уникати поняття «природне право», замінюючи його поняттям «справедливість», «ідея права», «надзаконне право». При цьому нерідко відбувається підміна права мораллю, формального – фактичним, абсолютизація відносних моральних цінностей, яким має відповідати позитивне право².

Отже, у сучасній вітчизняній юридичній літературі співіснують позитивістські та природноправові погляди, коли право не відокремлюється від моральності, свободи та справедливості й повинно бути закріплене в законі, який від цього стає досконалішим.

Активізуються пошуки тих вчених, які прагнуть переосмислити догматико-раціоналістичний підхід до права. Зростає значення інтегративної юриспруденції, лібертарно-юридичної концепції.

¹ *Оборотов Ю.М.* Сучасне праворозуміння та визначення права // *Актуальні пробл. держави і права*. – О., 2003. – Вип. 18. – С. 4–9.

² *Бабкін В.Д.* Взаємозв'язки філософії права та загальної теорії держави і права // *Пробл. філософії права*. – 2003. – Т. 1. – С. 57.

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ДЖЕРЕЛ ПРАВА

4.1. Основні напрями інтеграції систем джерел права різних правових сімей

Оскільки одним із завдань юридичної науки є виявлення загальних і специфічних закономірностей розвитку права сучасних держав, зокрема прагнення цих держав до уніфікації і максимального наближення чинного законодавства, актуальним є з'ясування основних напрямів інтеграції систем джерел права різних правових сімей.

Аналіз походження правових систем у межах правових сімей, визначення їх загальних та особливих рис розкриває специфіку національних систем джерел права, а їх порівняння дозволяє визначити основні особливості й тенденції їх розвитку.

Система джерел права, притаманна кожній з існуючих правових систем, може свідчити про їх спільність, що ґрунтується на однорідності низки джерел права, але їх різному розумінні та тлумаченні¹. Різна природа, зміст та принципи організації тієї чи іншої правової системи в межах певної правової сім'ї визначають розвиток, структуру та зміст системи джерел права. Тому необхідно розглядати як спільні, так і відмінні риси їх організації.

У цьому контексті слід зазначити, що історія людства супроводжується зміною етапів, які історично обумовлені процесами загально-соціальної глобалізації, та відповідних цим процесам правових норм, форм і процедур їх юридичного вираження, упорядкування і закріплення. Чим більше соціально розвинене право, тим більш воно універсальне (глобальне)². В умовах глобалізації, яка проникає в різні сфери суспільного життя – економічного, політичного, соціального й духовно-

¹ Луць Л.А. Сучасні правові системи світу: Навч. посіб. – Л.: Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2003. – С. 48–49.

² Нерсесянц В.С. Процессы универсализации права и государства в глобализирующемся мире // Государство и право. – 2005. – № 5. – С. 40.

го, розвиток правової системи, системи джерел права не є однозначним, оскільки зачіпає проблеми світового правопорядку, глобальної та регіональних систем органів влади, громадянського суспільства та правової держави. Саме тому ця проблема вимагає теоретичної дискусії.

Глобалізація сьогодні розглядається як реальний, багатовимірний комплекс різних процесів, що включає інтенсифікацію міждержавних економічних, політичних, соціальних, культурних зв'язків, трансформацію світової економіки та формування глобальних ринків, широке розповсюдження західної системи ліберально-демократичних цінностей та одночасне посилення їх несприйняття. Сутність глобалізації полягає в посиленні взаємозалежності, взаємовпливу, взаємодії різних суспільств, їхніх економічних, політичних, соціальних, духовних структур¹. У цій площині необхідно ставити питання про можливість впливу на дані процеси, оскільки, на думку багатьох вчених, суспільству потрібна вища якість управління соціальними процесами. Водночас подальше існування людства вимагає доповнення економічної і політичної інтеграції світового співтовариства – правовою², оскільки право виступає як інструмент глобалізації та одночасно як засіб управління її процесами³.

Першим етапом глобалізації у сфері права слід вважати рецепцію римського права в XVI столітті, коли країни Європи запозичили норми римського права, удосконаливши національні правові системи.

Наступним кроком у цьому напрямі було утвердження ідей невідчужуваності прав та свобод людини і громадянина та їх закріплення у Декларатії незалежності США 1776 року, Декларатії прав людини і громадянина (Франція, 1789 рік), згодом – у Загальній декларації прав і свобод людини 1948 року, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права 1966 року, Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права 1966 року. На сучасному етапі знайшли утвердження та поширення ідеї європейської інтеграції та перетворення Європейського Союзу у модель нового світового порядку. Формальне закріплення дані положення отримали в Договорі, який запроваджує Конституцію для Європи. Крім того, характерним для цього процесу на сучасному етапі є

¹ Лукьянова Е.Г. Глобализация и правовая система России (основные направления развития). – М.: Норма, 2006. – С. 5–6.

² Ebert K.-H. Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen. – Bern, 1978. – S. 205. Цит. за: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и законотворчество: Открытая лекция. – К., Симферополь: Институт государства и права им. В.М. Корсецкого НАН Украины; Логос, 2007. – Вып. 2. – С. 18.

³ Лукьянова Е.Г. Глобализация и правовая система России (основные направления развития). – М.: Норма, 2006. – С. 11.

прийняття міждержавних угод: Гельсінкської міжнародної декларації, Паризької хартії тощо.

У різних правових системах глобалізаційні процеси мають свої особливості. Історично становлення правових систем країн, що входять до континентальної системи права, відбувалося в період Нового часу, коли принцип персональних юрисдикцій поступається поділу права за іншою ознакою – на правові сім'ї, унаслідок розвитку королівського (загального) права в Західній Європі, урахуваючи такі критерії поділу традицій права, як: 1) характер форм і джерел права та їх співвідношення; 2) концепція правового регулювання, що визначає характер відносин держави та особи; методи й мета правового регулювання; правові цінності; 3) структура права та зміст основних його інститутів; 4) міра впливу римського права¹.

Романська правова сім'я починає формуватися на теренах Франції (XVII – XVIII століття) з подальшим закріпленням в Іспанії, Італії, як наслідок поєднання норм звичаєвого й писаного права (римського), яке застосовувалось у випадках, коли відповідало місцевим звичаям (кутюмам). Вирішальну роль у становленні загального права відіграла діяльність відомих учених-юристів і юристів-практиків, зокрема Дюмулена, Кокіля, Буржона, Дома.

Відмітними рисами країн сім'ї загального права є: суддівський характер (в його основі закладені й залишаються рішення королівських судів в Англії, рішення Верховного Суду США тощо); яскраво виражений «казуальний» характер, система домінування «прецедентного права» і повної або майже повної відсутності «кодифікованого» права (кодифікованого законодавства); дія правила: у випадку, якщо джерела права суперечать одне одному, рішення приймається «по справедливості» на підставі суддівських рішень.

Крім того, для системи англосаксонського права звичними є положення: законодавство – це те, що творить законодавець (парламент), а юридично значиме законодавство – це те, що вирішив суд; у практичному аспекті юридичне значення парламентського акта зводиться до визначення його сили вищим судовим органом.

Для романо-германської правової сім'ї характерний високий рівень нормативності права і, відповідно, рівень правопорядку. Крім того, традиційно визнавалося, що для германської правової сім'ї, як і для романської, характерний поділ права на публічне та приватне, невизнання право-

¹ Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х.: Одісей, 2002. – С. 399.

вого прецеденту джерелом права, існування кодифікованих законодавчих актів: австрійського, німецького, швейцарського цивільного кодексів.

Водночас ХХ століття характеризується конвергенцією (зближенням) романо-германського та англосаксонського права на основі подібності їх фундамента – західна буржуазно-демократична основа. Існуюча відмінність між цими сім'ями стосується радше їх форми, ніж змісту. Під загальними основами романо-германського та англо-саксонського права слід розуміти, на думку М.М. Марченка, однотипну (ринкову, капіталістичну) економіку, на основі якої виникає і розвивається відповідне соціальне, політичне, ідеологічне та правове середовище у вигляді національних правових систем та правових сімей. Водночас існування особливостей зазначених сімей свідчить про те, що між ними існує лише спільність, але не єдність, що вони – відокремлені одна від одної системи, а не єдина органічна система¹.

Попри певні відмінності між романо-германською правовою системою і системою загального права, вони мають спільну соціально-економічну, політичну та світоглядну основу. Право розглядалось як природне явище. До того ж визнавалась необхідність правил, виданих монархом. Крім цього, визнавалось існування національного права – римського, яке стоїть вище законів та звичаїв².

Для Англії не було характерним вивчення та усвідомлення юристами основних принципів і положень римського права та їх трансформація у національну правову систему, з огляду на переважно приватний характер римського права, яке не могло використовуватись королівськими судами, що вирішували публічні спори; несумісність англійських звичаїв і традицій з римським правом; еволюційний розвиток англійського права, що не вимагав виходу за межі загального права. Водночас – відносна географічна відокремленість, особливості історичного, політичного та культурного розвитку³.

Отже, Західна Європа визнавала себе як єдиний правовий простір, де вже сформувалась ідея панування права. На практиці це означало, що держава і церква встановлюють та підтримують власні правові системи. Тобто регулярно видають закони, створюють судові системи, керують за допомогою права. Це означає, що держава і церква пов'язані цим пра-

¹ *Марченко М.Н.* Конвергенція романо-германського та англосаксонського права. Відкриття лекція. – К., Сімферополь: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Логос, 2007. – Вип. 1. – С. 4, 8.

² *Харитонов О.І., Харитонов Є.О.* Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х.: Одісей, 2002. – С. 54–55.

³ Там само.

вом, вони можуть змінювати його законним шляхом, але до того повинні йому підкорятися і керувати за допомогою права. Якщо церква хотіла мати непорушні законні права, то держава повинна їх приймати як законне обмеження власного панування. Аналогічно цьому, права держави були законним обмеженням панування церкви. Ці дві владні інституції могли співіснувати мирно тільки завдяки взаємному визнанню верховенства права над кожною з них¹.

Отже, в основі такого поділу країн – не випадкові фактори, а стародавні традиції. Згідно з ними, перша група країн, які називаються також країнами кодифікованого права, історично орієнтувалась і базувалась на цінностях римського права, водночас як англо-американська група країн у розвитку свого національного права надавала пріоритет джерелам, які були продуктом власного історичного розвитку, – актам судових органів влади.

На думку О.І. Харитонової, Є.О. Харитонова, у країнах Західної Європи право сприймається як узгоджене ціле, єдина сформована система, а закон – як цілісна система, «організм», що розвивається через покоління. Життєдіяльність правової системи ґрунтується на впевненості суспільства в довговічному характері права, а його розвиток свідчить, що воно не просто продовжується, а має історію. Така впевненість пов'язана з переконанням у його верховенстві над політичною владою.

У країнах Східної Європи прослідковується схильність до трактування права як позитивного закону, зміст якого зумовлений не стільки природними приписами, скільки потребами суспільства, які краще знає держава, що втілює їх у законодавчих актах; відсутність теоретично обґрунтованої і визнаної офіційно концепції наступництва права в межах однієї держави або цивілізації. Унаслідок цього таке явище, як рецепція права, відбувається у латентних формах, має обмежений і непослідовний характер².

М.М. Марченко, досліджуючи джерела права в контексті їх приналежності до тієї чи іншої правової сім'ї, робить висновок про відсутність єдиного уявлення про цей правовий феномен у межах однієї правової сім'ї³. На думку Рене Давіда, різноманітність історичних, національних та етнічних відмінностей у країнах романо-германського права, особли-

¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права. Эпоха формирования. – М.: Моск. гос. ун-т, 1994. – С. 278–279.

² Харитонова О.І., Харитонов Є.О. Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. – Х.: Одисей, 2002. – С. 48–49.

³ Марченко М.Н. Источники права: Учеб. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – С. 9.

вості їх політичних і правових культур та інші чинники не дозволили дійти єдиної думки про те, що таке джерело романо-германського права та яким має бути його визначення. Викласти теорію джерел права, прийняту в романо-германській правовій сім'ї, складно, оскільки правові системи, що входять у цю сім'ю, різноманітні. Крім того, у кожній системі національного права таке питання є дискусійним і залежить від багатьох чинників. Юристи романо-германського права надають виключного значення важливості точного знання норм права та правових принципів, характеру їх взаємозв'язку, а також техніці їх застосування¹. Теорія джерел права у всіх країнах романо-германської правової сім'ї виражає, на думку Рене Давіда, традиційну для них концепцію, згідно з якою право не міститься лише в законодавчих нормах. Пошук права – це мета, на досягнення якої повинні спрямовуватися зусилля всіх юристів – кожним у своїй сфері та з використанням своїх методів. Суддя може, відповідно до вимог справедливості, відмовитися від застосування закону. Такий підхід відповідає традиції романо-германської правової системи. Радянські автори з обуренням засуджували буржуазне лицемірство, яке вони вбачали у незалежності суддів буржуазних країн щодо закону. Судді у країнах романо-германської правової сім'ї справді мають незалежність стосовно закону, оскільки в цих країнах право й закон не ототожнюються. Саме існування судової влади і сам принцип існування поділу влади пов'язані з цією незалежністю. Відродження ідеї природного права, яке спостерігається нині, є відродженням ідеї єдиного права, поновленням свідомості того, що право не варто розуміти як щось ідентичне законові, яке має на цій підставі національний характер. Для встановлення зв'язку між правом і справедливістю необхідно відмовитися від тісного зв'язку між правом і державою. Абсолютний суверенітет закону в країнах романо-германської правової сім'ї є фікцією, поряд із законом існують інші джерела права².

Стійкі позиції прибічників природного права у країнах Європи характеризувались тим, що позитивний закон сприймався західноєвропейськими юристами як важлива, але лише складова частина того, що називається правом³. На думку Д.І. Луковської та А.Х. Саїдова, провідна роль закону в цій правовій сім'ї пов'язана з доктриною «планування пра-

¹ Давид Р., Жоффре-Стинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 74.

² Давид Р. Основные правовые системы современности. – М., 1988. – С. 81–82, 149, 124–127.

³ Давид Р., Жоффре-Стинози К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 74–76, 98–100.

ва» (rule of law)¹. Крім того, одна з відмінностей континентального права стосовно англо-американського полягає в тому, що право розглядалося як право-зобов'язання (яким воно повинно бути), а не як правосутність (яким воно є). Вивчення права здійснювалось у тісному взаємозв'язку з нормами моралі. Судова діяльність була орієнтована на положення права, а не на власний розсуд при винесенні рішень по справі. Для країн романо-германської правової системи характерним є спрямування до створення абстрактних правових норм, до охоплення всієї сфери права досконало структурованою системою, до розробки методів для побудови юридичних конструкцій².

Водночас у країнах романо-германської правової системи судам не надаються функції правотворчості, їм заборонено виносити рішення загальнообов'язкового характеру.

Для досліджень джерел права в романо-германській правовій сім'ї характерні такі риси: усебічність та багатоаспектність; домінування протягом тривалого часу формально-юридичного підходу до їх визначення; визнання верховенства та пріоритету закону в системі формальних джерел права. При цьому необхідно звернути увагу на те, що у країнах так званого «соціалістичного табору» відбувалося ототожнення права й закону. Інші джерела права традиційно посідали другорядне місце в системі джерел права.

Спільними для всіх правових систем, що входять у романо-германську правову сім'ю, є такі джерела права: нормативно-правові акти на чолі із законом; звичаї, що створюють систему норм, звану звичаєвим правом; судова практика, судові прецеденти, які загалом визнаються джерелом права, але іноді в деяких країнах ця складова права відкидається; міжнародні договори; загальні принципи права, відповідно до яких має будуватися діяльність судових та інших державних органів; доктрина, за допомогою якої виробляються принципи романо-германського права та створюються норми права³.

Відмітною рисою романо-германського права є особливе значення закону в системі джерел права. Найкращим засобом встановлення справедливого, відповідного праву рішення є звернення саме до закону. Така

¹ Луковская Д.И. Социологическое направление во французской теории права. – М., 1972; Саидов А.Х. Введение в основные правовые системы современности. – Ташкент, 1988.

² Онущенко Н.М. Правова система: проблеми теорії. Монографія. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2002. – С. 105, 107.

³ Марченко М.Н. Источники романо-германского права: понятие, виды, классификация // Вестн. Моск. ун-та. Серия 11. Право. – 2000. – № 2. – С. 22.

тенденція відповідала встановленим у суспільстві принципам демократії, з одного боку, а з іншого – об'рунтовувалася тим, що державні органи мають більші можливості порівняно з іншими організаціями для координування різних секторів суспільного життя та для визначення спільного інтересу. Суворість викладення закону є запорукою його чіткого виконання¹.

До системи джерел права країн англо-саксонської правової системи слід відносити судові прецеденти, нормативно-правові акти – статuti, правові звичаї, нормативно-правові договори, принципи права, правову доктрину.

Окремим аспектом розвитку джерел права є різновекторність у межах однієї правової системи в один період часу, що обумовлюється залежністю від розвитку економічної, політичної системи суспільства, історичних умов та особливостей національного характеру. Яскравим прикладом цього є правова система Великої Британії, де Англія, Уельс, Шотландія, Північна Ірландія мають неоднакову систему джерел права. Якщо правові системи Ірландії та Уельсу подібні до правової системи Англії і зазнали незначного впливу римського права, то правова система Шотландії формувалася під значним впливом римського права. При цьому у всіх складових Великої Британії статутне право є джерелом права.

У Греції та Швейцарії провідну роль відіграють правова доктрина і загальні принципи права. У Франції підвищеною увагою користуються загальні принципи права, які відображені в Декларації прав людини і громадянина 1789 року та інших конституційних актах².

Крім того, у межах правової системи однієї країни окремі джерела права мають неоднакове значення щодо регулювання суспільних відносин. У різні періоди часу в правових системах домінували різні засоби правового регулювання: правові, звичаєві, моральні, релігійні тощо. З іншого боку, в одних країнах закон має найвищу юридичну силу і система нормативно-правових актів вважається універсальною, що призводить до недооцінки інших форм права, їх ролі у процесі нормативного регулювання, а, отже, для інших джерел права немає місця; в інших країнах – релігійні норми мають найвищу юридичну силу, і законодавча влада не може вносити зміни до таких норм; у низці країн нормативно-правовий акт виступає як модель, до якої можна вносити зміни, якщо

¹ Давид Р. Жоффре-Спинази К. Основные правовые системы современности. – М.: Международные отношения, 1999. – С. 78.

² Марченко М.Н. Источники романо-германского права: понятие, виды, классификация // Вестн. Моск. ун-та. Серия 11. Право. – 2000. – № 2. – С. 21.

цього потребує звичай. Досить велика кількість країн надає перевагу судовому прецедентові як регулятору суспільних відносин, інші джерела права відіграють допоміжну роль.

Розвиток світових інтеграційних процесів сприяв конвергенції правових систем, взаємовикористанню найкращих позитивних моментів – такого висновку дійшла група вчених-юристів, які досліджували національні правові системи країн континентального права, зокрема Німеччини, Франції, Італії, Швеції, Польщі та деяких інших¹. Наприклад, на їхню думку, з урахуванням національних та історичних традицій, у розвитку правової системи держави вплив судового рішення може набувати різних форм: обов'язкових, рекомендаційних, допоміжних, ілюстраційних. Оптимальна для кожної країни форма визначається відповідно до балансу між нормами процесуальних кодексів і практикою прийняття судових рішень, що постійно оновлюється. У романо-германській правовій системі судовий прецедент має інтерпретуючий характер стосовно існуючої законодавчої норми. Незалежно від того, визнається чи не визнається судовий прецедент як джерело права, суди без формальних посилай інтенсивно використовують попередні рішення, як правило, для з'ясування значення чинного закону (Німеччина) або вирішення сумнівів при застосуванні закону, або усунення прогалин у праві. Отже, у правових системах Німеччини, Франції, Італії, Швеції та деяких інших країн кодифікованого права судовий прецедент фактично виступає як інтерпретаційний інструмент щодо чинних законів, тому про конфлікт між судовим прецедентом і нормативно-правовим актом як джерелами права стверджувати не можна².

На думку Ю.І. Богдановської, у країнах загального права відбуваються еволюційні зміни положення джерел права, унаслідок чого створюється їх суворіша ієрархічна система. Це є одним із виявів зближення загального права з романо-германською правовою сім'єю. Розширюється практика звернення до судових прецедентів, зроблених зарубіжними судами у межах правової сім'ї, а також судових рішень країн континентальної Європи, що сприяє конвергенції загального права та романо-германського³.

¹ *Интерпретация прецедентов: сравнительный анализ* / Под ред. Н. Маккормика и С. Саммерса. *Interpreting Precedents: A/Comparativ Study* / McCormick D. Neil, Sammers Robert S Aldershot Dartmouth, 1997.

² Там само.

³ *Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права»*. Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2007. – С. 9–10.

Акцентуючи увагу на зближенні джерел романо-германського й англосаксонського права взагалі та на їх гармонізації зокрема, вчені вказують на те, що цей процес здійснюється не сам по собі, а під впливом процесів економічної, соціальної та іншої інтеграції, яка прямо впливає не лише на розвиток національних правових систем і правових сімей, а й на еволюцію відповідних джерел права¹. Визначення меж інтеграції систем джерел права різних правових сімей залежить від низки об'єктивних обставин (мети, можливих засобів тощо), відповідно до яких можуть використовуватись різні методи: адаптації, гармонізації, уніфікації, імплементації, апроксимації тощо.

Тому на початку XXI століття однією з актуальних проблем є вплив глобалізаційних процесів на розвиток правотворення. Світ на порозі створення нової моделі права – світової глобальної правової системи, на підставі зближення і досягнення одноманітності внутрішньодержавних та міжнародних систем на основі єдиних норм, стандартів, юридичних принципів².

Відповідно до цього зміст права зазнає якісних змін, що не може не призвести до змін його форми. Форма як спосіб вираження та зовнішнього існування змісту, маючи відносну самостійність, модифікується, змінюється залежно від зміни змісту в конкретних умовах його існування. Глобалізаційні процеси справили прямий вплив на систему джерел (форм) права, викликавши появу нових джерел права, трансформацію та перерозподіл ролей між існуючими³.

Цей процес посилюється завдяки європеїзації правової сфери, що викликана витісненням із правового поля Європейського Союзу національного права, а отже, і його джерел та заміною їх загальноєвропейськими правовими інститутами⁴.

Держави Європейського Союзу створили спільні інституції, яким делегували частину своїх національних повноважень так, що рішення в

¹ *Wills A.* Europeanization and Means of Interest Representation by National Business Associations // *European Journal of Industrial Relations*, 2001, № 3. – P. 269–270. Цит. за: *Марченко М.Н.* Конвергенція романо-германського і англосаксонського права: Відкрита лекція. – К., Сімферополь: Інститут держави і права ім. В.М. Корещького НАН України; Логос, 2007. – Вип. 1. – С. 18.

² *Кочетов О.Г.* Геоэкономика: Учеб. – М., 1999. – С. 86–87.

³ *Лукьянова Е.Г.* Глобализация и правовая система России (основные направления развития). – М.: Норма, 2006. – С. 34.

⁴ *Mortelmans K.* The Relations hip between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and functioning of the Internal Market. Towards a Concordance Rule // *Common Market Law Review*. – 2002. – № 39. – P. 1307–1310. Цит. за: *Марченко М.Н.* Конвергенція романо-германського і англосаксонського права: Відкрита лекція. – К., Сімферополь: Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України; Логос, 2007. – Вип. 1. – С. 18.

певних сферах загальних інтересів можуть ухвалюватись демократичним шляхом на загальноєвропейському рівні. Таке усупільнення суверенітетів називають також «європейською інтеграцією».

У сфері правового регулювання Співтовариства інституціям Європейського Союзу надано виключні повноваження, водночас як поза сферою регулювання Співтовариства держави-члени зберігають свої повноваження і несуть відповідальність, але важко провести чітку розмежувальну лінію між їхніми сферами правового регулювання, оскільки постійно відбувається передача повноважень на користь Співтовариства¹. Ці положення, а також те, що у сфері виключної компетенції лише Європейський Союз може мати законодавчі повноваження та приймати юридично обов'язкові акти, були закріплені в Договорі про заснування Конституції для Європи (підписаний 29 жовтня 2004 року). У сфері спільної компетенції як Європейський Союз, так і держави-члени мають законодавчі повноваження та право приймати юридично обов'язкові акти.

Право Європейського Союзу поєднує ознаки міжнародного й національного права, але існує як відокремлений від них правовий порядок. Концептуально право Європейського Союзу походить із внутрішнього права держав-членів, однак, відокремившись, воно сформувалося як незалежна та автономна правова система. Співвідношення права Європейського Союзу та національного права можна розглядати в різних концепціях. Теорія суверенітету розглядає їх як співвідношення між «внутрішньою» і «зовнішньою» системою права. Дуалісти розглядають співвідношення між двома відокремленими системами права, які співіснують паралельно. Теорія монізму утверджує примат однієї системи права над іншою. Відповідно до цієї теорії право Європейського Союзу має верховенство над правом держав-членів – це одне із загальних доктринальних положень правової системи Європейського Союзу. На думку Суду Європейського Союзу, право Співтовариства створює новий правопорядок у міжнародному праві, на користь якого держави обмежили свої суверенні права, хоча й в обмежених сферах, і суб'єктами якого є не лише держави-члени, а і їх громадяни².

Право Європейського Союзу стає складовою частиною національних правових систем держав-членів, шляхом інкорпорації установчих договорів у внутрішнє право держав-членів. Акти Співтовариства, впровад-

¹ Там само. – С. 20.

² *Гармонізація національних правових систем з правом ЄС.* – К.: СЛОВО, 2004. – С. 10–11.

жені у національні правові системи, є одночасно правом Співтовариства і національним правом¹.

За походженням та ієрархією розрізняють первинне законодавство Європейського Союзу [Договір про заснування Європейського Співтовариства Вугілля і Сталі (1951), Договір про заснування Європейського Співтовариства Атомної Енергії (1957), Договір про заснування Європейського Економічного Співтовариства (1957), Єдиний Європейський Акт (1986), Маастрихтський договір про Європейський Союз (1992) тощо], та вторинне. Первинне право має наднаціональні риси, притаманні європейському праву: пряма дія і застосування, верховенство їх положень щодо національного права. Тому держави зобов'язані внести зміни до конституцій і законодавчих положень з метою повного введення в дію права ЄС, враховуючи його наднаціональний характер. Крім того, держави зобов'язані відмінити те законодавство, яке суперечить положенням договорів, які мають пряме застосування².

До вторинного законодавства відносять регламенти, директиви і рішення, прийняті Парламентом разом з Радою, Радою або Єврокомісією з метою виконання покладених на них функцій³.

Регламенти мають три головні риси: загальне застосування; обов'язковий характер; пряме застосування у державах-членах (мають силу закону на територіях держав і не потребують трансформації чи підтвердження законодавчою владою). Відповідно до прецедентного права Європейського Союзу, сфери правового регулювання регламентів належать до виключної компетенції Співтовариства. При цьому держави-члени не мають права відтворювати регламенти у національних правових текстах, щоб не ставити під загрозу їх пряме застосування і пряму дію на своїй території.

Прийняття директив, як і регламентів, має бути об'рунтоване і базуватись на Договорі. Суб'єкти, яким вони адресовані, мають бути повідомлені про прийняття директиви; відповідно вона вступає в силу лише після такого повідомлення. Директиви обов'язкові тільки щодо результату, якого потрібно досягти. Директиви мають бути імplementовані за допомогою правових актів, які мають обов'язкову юридичну силу, вносять зміни до чинного законодавства.

Рішення – це акти, прийняті Радою або Європейською Комісією, які мають юридичну силу, є обов'язковими для тих, кому адресовані. Вони

¹ Там само. – С. 13.

² Там само. – С. 11.

³ Там само. – С. 11.

мають базуватися на Договорі, набувають сили лише після повідомлення суб'єкта і є обов'язковими лише для нього¹.

У Конституції Європейського Союзу визначаються джерела Європейського Союзу та вводяться поняття: європейські закони, європейські рамкові закони, європейські регламенти, європейські рішення, рекомендації та висновки. *Європейський закон* – це законодавчий акт загального застосування. Він є обов'язковим у всіх своїх елементах і має пряме застосування у всіх державах-членах.

Європейський рамковий закон – це законодавчий акт, обов'язковий для держав-членів, яким його адресовано, щодо результатів, що їх потрібно досягнути, який однак, залишає національній владі свободу обирати форми і засоби досягнення цих результатів².

Хоча принципи верховенства права та прямої дії права ЄС у внутрішньому правопорядку держав-членів закріплені лише в конституціях декількох держав, на сьогодні загалом не існує проблем із їх визнанням та фактичним застосуванням. За зразок нормативно-правового регулювання цього питання може правити Конституція Нідерландів, у ст. 94 якої сформульовано принцип верховенства: «Чинні у Королівстві законодавчі акти не застосовуються, якщо таке застосування суперечить положенням договорів, що є обов'язковими для усіх осіб, або положенням резолюцій міжнародних установ»³.

Отже, в систему джерел права Європейського Союзу входять взаємопов'язані, але цілком самостійні джерела права, які пов'язані з діяльністю Співтовариства тощо, виникли за час існування європейських інтеграційних організацій і мають сприйматися державами-претендентами на вступ до Євросоюзу беззастережно, тобто як такі, що не можуть бути предметом переговорів⁴.

Завдяки з'ясуванню спільного доробку Євросоюзу – *acquis communautaire* – визначаються правові засади й межі процесу гармонізації національного законодавства країн-учасниць Європейського Союзу та країн-претендентів на вступ до Європейського Союзу. Гармонізація визначається як процес цілеспрямованого зближення правових систем шляхом усунення суперечностей між ними та формування мінімальних правових

¹ Там само. – С. 17–28.

² Там само. – С. 30.

³ Реформування правової системи України: проблеми і перспективи розвитку в контексті європейських інтеграційних процесів // Матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Ч. 1. – Київ, 2004. – С. 281.

⁴ Муравйов В. Спільний доробок (*acquis communautaire*) як основа правопорядку Євросоюзу // Український прав. часопис. – 2004. – Вип. № 8 (13). – С. 5.

стандартів через утвердження спільних правових принципів, приведення законодавства держав-членів та країн – не членів Європейського Союзу у відповідність із його вимогами на підставі правових актів Євросоюзу¹.

Під європейськими правовими стандартами необхідно розуміти принципи й норми, зафіксовані в основних джерелах права Ради Європи та Європейських Співтовариств, де містяться єдині правові вимоги до держав-членів і визначається їхня діяльність у межах європейського правового простору. Серед основних джерел – Загальна декларація прав людини (1948), Європейська конвенція про захист прав та основних свобод людини (1950), Європейська соціальна хартія (1961), Європейська хартія місцевого самоврядування (1985) тощо. Досягти таких стандартів можна тільки шляхом реформування національних правових систем, що передбачає, насамперед, закріплення принципів верховенства права, плюралістичної демократії, забезпечення реалізації основних прав і свобод громадян. Одним із шляхів досягнення цієї мети є вдосконалення системи чинних нормативно-правових актів, у тому числі її оновлення.

Відповідно до вищенаведеного та беручи до уваги результати попередніх досліджень, необхідно зазначити, що на сучасному етапі інтеграція систем джерел права різних правових сімей передбачає декілька напрямів.

1. Активне взаємопроникнення правових доктрин країн різних правових систем і, відповідно, сімей. Зокрема, у цьому контексті слід зазначити поширення ідей надання суду правотворчих повноважень, тобто закріплення правового прецеденту як джерела права у країнах романо-германської правової сім'ї та визнання в цих країнах окремих рішень конституційних судів правовими прецедентами.

У законі все більше вбачають утілення лише загальних принципів, що дає певний простір для їх тлумачення. Отже, судова практика стає самостійним джерелом права. У зв'язку із ратифікацією Конвенції про захист прав людини та основних свобод і Протоколів до неї, у країнах пострадянського простору² обов'язковим є врахування практики тлумачення і застосування Європейським Судом Конвенції та Протоколів до неї.

Також слід констатувати посилення у регулюванні суспільних відносин питомої ваги нетрадиційних джерел права. Ідеться про країни англо-

¹ *Гармонізація національних правових систем з правом ЄС.* – К.: СЛОВО, 2004. – С. 10–11.

² Ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней»; Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини. Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – С. 260.

саксонської правової сім'ї, у яких традиційно основним джерелом права вважався судовий прецедент. Сьогодні ситуація змінилась на користь нормативно-правового акта – закону (статуту), який в деяких випадках може мати перевагу – верховенство в застосуванні – перед судовим прецедентом. Наприклад, у Великій Британії суду заборонено обговорювати дії парламенту як щодо приватних, так і щодо публічних парламентських актів¹. Крім того, в англійському праві у зв'язку із зростанням масового виробництва, посиленням планових засад в економіці зміцнюється тенденція до збільшення кола проблем, розв'язання яких потребує звернення до абстрактних норм. Серед джерел права зростає роль делегованого законодавства, передусім у сфері освіти, медичного обслуговування, соціального страхування тощо².

Тобто з кінця ХХ століття намітилась тенденція до дерегулювання, спрямована на ревізію чинного права з метою виявлення, в яких сферах необхідно обмежити правове регулювання та скоротити кількість чинних актів. Особливість дерегулювання в загальному праві полягає в тому, що воно відбувається переважно через делеговані акти, що змінює їх взаємодію зі статутами³.

Зміцнення становища статутів виражається в розширенні сфери регульованих ними відносин, зміні змісту: від конкретних норм – до рамкових статутів. Наслідком цього є наближення статутів у загальному праві до законів у країнах романо-германського права⁴.

На думку О.В. Зайчука, той факт, що американські суди у своїх рішеннях частіше посилаються на закони, а не на судові прецеденти, свідчить не стільки про падіння ролі останніх, скільки про удосконалення правової системи США загалом. Ускладнення соціально-політичних відносин вимагає звернення суддів до законів, у яких чітко виражена позиція держави⁵.

Водночас юридичне визнання судового прецеденту як джерела права відбувається на рівні права Європейського Союзу. Зокрема, Європейський Суд справедливості є правотворчим органом, результатом діяльності якого є судові прецеденти, що мають бути враховані судовими органами

¹ *Загайнова С.К.* Судебный прецедент: проблемы правоприменения. – М.: Норма, 2002. – С. 41.

² *Онїщенко Н.М.* Правова система: проблеми теорії: Монографія. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – С. 107, 112

³ *Богдановская И.Ю.* Источники права на современном этапе развития «общего права»: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2007. – С. 10.

⁴ Там само. – С. 42.

⁵ *Зайчук О.В.* Правовая система США (историко-теоретический анализ). – К.: Наук. думка, 1992. – С. 45.

Євросоюзу при розгляді справ, пов'язаних із рішенням Європейського Суду. Право Євросоюзу має безумовну перевагу перед національним правом. Відповідно у правових системах країн англосаксонського права відбулися зміни в ієрархії судових прецедентів – рішенням Європейського Суду справедливості надано пріоритетну роль.

У романо-германській правовій сім'ї правовий звичай продовжує активно застосовувати у приватноправових галузях права.

У країнах Сходу право відіграє другорядну, допоміжну роль і використовується у виняткових випадках. Джерелом норм поведінки є не право, а сукупність звичаїв і традицій. У країнах мусульманського права традиційно міцні позиції посідають релігійні джерела права, хоча слід погодитись із Н.М. Оніщенко: ускладнення соціально-економічних, політичних та інших відносин, поглиблення зв'язків між мусульманськими та немусульманськими країнами, фактори вестернізації ведуть до проникнення в мусульманське право правових засад західних країн¹.

Для останнього десятиліття характерна активізація нормативно-договірного регулювання, розширення сфери його використання. В умовах глобалізації всіх процесів право також піддається значному впливові цього явища. Якщо європейські вчені заважають про підвищення ролі договорів приєднання, то окремі вчені США проголошують смерть класичного договору-угоди. Цей висновок ґрунтується на основі розроблення крупними підприємствами власних форм договорів та пропозиції укладати договори шляхом приєднання до пропонованих формулярів. Таким чином, відбувається заміна угоди нав'язуванням волі однією стороною через приєднання до формуляра. Про жодні перемовини та узгодження умов договору вже не йдеться, усе зводиться до приєднання². Це дозволяє досягти одноманітної практики застосування як норм загального права, так і положень закону, спростити процедуру укладання договорів. У США законодавці здійснюють розроблення стандартних умов окремих видів договорів, уключення яких у договір є обов'язковим. Таким чином, роль законодавства посилюється, залишаючи все менше аспектів нерегульованих договірних відносин, обмежуючи судові тлумачення із застосуванням норм загального права.

2. Зростання ролі міжнародного права в регулюванні суспільних відносин, розширення сфер його впливу, насамперед сприйняття загаль-

¹ Оніщенко Н.М. *Правова система: проблеми теорії*. Монографія. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – С. 118.

² Солов'єва С.В. *Поняття, види і форми договорів в правовій системі США* // Журн. заруб. законодавства і сравнительного правоведения. – Вып. 3. – 2006. – С. 34.

новизнаних норм і принципів міжнародного права. До способів міжнародно-правового впливу відносять: 1) ціннісну орієнтацію; 2) визнання пріоритету міжнародного права над національним; 3) визначення юридичних процедур імплементації положень міжнародного права у внутрішнє право; 4) ратифікацію міжнародно-правових актів та їх включення в національне право¹. У процесі формування єдиного світового правопорядку складаються три відносно самостійні сфери джерел правового регулювання: міжнародне право, право міжнародних організацій та національне право. При цьому міжнародно-правові норми стають результатом узгодження воель суверенних суб'єктів міжнародного права. Отже, міжнародно-правова система справляє значний вплив на розвиток окремих національних правових систем і залежить від зовнішньополітичного вибору кожної держави, змісту її зовнішньої політики.

На думку Р.Б. Тополевського, між сучасними національними системами джерел права й міжнародною та регіональними (наднаціональними) системами юридичних джерел права намітилася тенденція до злиття окремих частин цих систем. Отже, проблема співвідношення національного та міжнародного права може перерости у проблему співвідношення національних джерел права.

Таке поєднання систем юридичних джерел права дає можливість стверджувати про існування загальної (універсальної) системи джерел права, яка охоплює всі вищезгадані рівні: міжнародна система джерел права – регіональна (наднаціональна) система джерел права (у разі її наявності) – національна система джерел права.

Регіональна система джерел права є історично закономірним суспільним явищем, наслідком виходу національних систем джерел права за власні національні межі, що обумовлено як об'єктивними, так і суб'єктивними чинниками. Регіональна система джерел права, що формується внаслідок укладання договорів між державами, та правотворчої діяльності уповноважених міждержавних органів, поступово набуває самостійного характеру, її джерела є субсидарними, тобто застосовуються на додаток до національних джерел права. Найрозвиненішою регіональною системою джерел права є право Європейського Союзу і Ради Європи, яке розглядається як частина першого, але є автономним².

Водночас, на відміну від попереднього історичного періоду, сьогодні активний вплив на національну систему джерел права здійснюють норми,

¹ Тихаміров Ю.А. Международное и внутреннее право: динамика соотношения // Правоведение. – 1995. – № 3.

² Тополевський Р.Б. Системні зв'язки юридичних джерел права: Автореф... дис. – С. 12.

що містяться в актах не окремих держав, а міждержавних об'єднань. Взаємодія міжнародного та внутрішнього права обумовлює інтернаціоналізацію права – зближення принципів права і національних законодавств, поглиблення взаємовпливу різних правових систем. У нових економічних та соціальних умовах правові системи різних держав мають бути сумісними та здатними взаємодіяти. Це досягається визнанням пріоритету міжнародного права над внутрішнім та зміною внутрішнього права під впливом міжнародного¹.

Інтернаціоналізація національного права взаємопов'язана з доместикацією (інтернаціоналізацією) міжнародного права, що виявляється у його визнанні частиною внутрішнього права країни. Більшість міжнародних норм інкорпорується внутрішнім правом, набуваючи реального значення². Наприклад, право на свободу та особисту недоторканність закріплено у ст. 3 Загальної декларації прав людини 1948 року, у ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 року та у ст. 3 Конституції України. Таким чином, зростаючі інтеграційні процеси зумовлюють тіснішу взаємодію міжнародного й національного права. Їх взаємопроникнення стає суттєвим чинником правового розвитку в сучасному світі³.

Окремим напрямом інтеграції правових систем світу є правова акультурація (вплив розвиненіших правових систем на менш розвинені), стандартизація та уніфікація, адаптація, гармонізація національного права відповідно до загальноприйнятих світових стандартів і як результат – уніфікація системи джерел права. По суті, уніфікація, універсалізація та гармонізація законодавства – це способи стабілізувати за допомогою права і закону сучасні політико-економічні процеси. Уніфікація у праві означає процес приведення чинного права до єдиної системи, усунення розбіжностей і надання однаковості правовому регулюванню подібних або близьких видів суспільних відносин. Уніфікація сприяє інтеграції правового регулювання у міжнародних відносинах, зближенню національного й міжнародного права, забезпеченню гармонізації правових систем⁴.

¹ Лукашук *И.И.* Взаимодействие международного и внутрис государственного права в условиях глобализации // Журн. российского права. – 2002. – № 3. – С. 115.

² Лукашук *И.И.* Глобализация, государство, право. XXI век. – М., 2000. – С. 205.

³ Тихомиров *Ю.А.* Международно-правовые акты: природа и способы влияния // Журн. российского права. – 2002. – № 1. – С. 102; Барццц *И.Н.* Международное право и правовая система // Журн. российского права. – 2001. – № 12. – С. 61.

⁴ *Законотворчість: Словник термінів і понять з міжнародного та європейського права.* – Київ, 2005. – С. 123–124.

Правова стандартизація виражається у встановленні в межах міжнародних організацій, а також у державному масштабі єдиних мінімальних норм і вимог до правового регулювання суспільних відносин¹.

У цьому контексті у країнах пострадянського правового простору відбуваються глибинні процеси щодо адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу з метою їх гармонізації.

Проблеми гармонізації, універсалізації, уніфікації права в умовах глобалізації знайшли відображення у працях Н.Н. Бірюкова, В.Г. Буткевича, С.А. Войтовича, Г.І. Іванця, Ю.Д. Ільїна, В.В. Копійки, В.Л. Кулапова, В.Ю. Крушинського, Г.І. Лукашука, Л.А. Луць, В.А. Манджолі, В.І. Муравйова, В.С. Нерсисянца, В.Ф. Опришка, С.В. Полєніної, Ю.О. Тихомирова, О.Ю. Тодики, В.І. Черняка, Т. Шинкаренко та ін².

3. Пряме й безпосереднє запозичення нормативного матеріалу, що полягає в інкорпорації однією правовою системою у свій склад нормативних комплексів інших правових систем (галузей права, законодавства, крупних законодавчих актів, інститутів права)³. Водночас зростає комплексність нормативного регулювання різних сфер суспільних відносин. Усе частіше законодавець прагне деталізації правового регулювання, збільшуючи кількість процесуальних норм. Змінюється зміст законодавчих актів, до яких вводяться нові юридичні принципи та пріоритети, зростає питома вага стимулюючих норм. Крім того, спостерігається тенденція до збільшення кількості відмінностей у законах нових незалежних держав та збільшення їх кількості в майбутньому як форми вияву особливого в них⁴.

4. Поява та розвиток у національних правових системах нових форм права – законів-програм, актів-доктрин, прогнозів, рекомендацій, рамко-

¹ Лукьянова Е.Г. Глобализация и правовая система России (основные направления развития). – М.: Норма, 2006. – С. 13.

² *Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти)* / Л. А. Луць. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корещького НАН України, 2003.; *История и право Европейского Союза: Учеб. пособие* / Ю.Д. Ильин. – Х.: КОНСУМ, 1998. – 156 с.; *Tatham A.* Право Европейского Союза. – К.: Абрис, 1998; *Словник-довідник Європейського Союзу* / Ред. Ю. Марченко. – К.: К.І.С., 2001. – 152 с.; *Служити Європі: Популярно про установи Європейського Союзу* / Пер. з англ. – К.: К.І.С., 2000. – 40 с.; *Манджолі В.А., Копійка В.В.* Європейський Союз у міжнародних відносинах. – К.: Ін-т міжнар. відносин, 1998; *Крушинський В.Ю.* Європейський Союз: історія і сучасність. – К.: Ін-т міжнар. відносин, 2000; *Копійка В.В., Шинкаренко Т.І.* Європейський Союз: заснування і етапи становлення. – К.: Вид. дім «Ін Юре», 2002, тощо.

³ *Иванец Г.И., Черняк В.И.* Глобализация, государство, право // Государство и право. – 2003. – № 8. – С. 92.

⁴ *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение и законотворчество: Открытая лекция. – К., Симферополь: Ін-т государства и права им. В.М. Корещького НАН Украины; Логос, 2007. – Вып. 2. – С. 3–4.

вих законів, модельних актів¹. Існує практика застосування модельних актів як у межах національної правової системи, так і в міжнародному правовому просторі. Сутністю таких актів є те, що вони пропонуються як зразок, приклад, модель для удосконалення законодавства.

Модельний законодавчий акт – результат широкого порівняльно-правового аналізу. В офіційному розумінні це акт, який приймають міждержавні організації (міжпарламентські, міжурядові, міжнародні) з метою нормативної орієнтації національних парламентів у сфері законотворчості. Модельний законодавчий акт є своєрідним «містком» між нормами міжнародного права та національного законодавства, оскільки міжнародно-правові норми «м'яко» входять у тканину національних правових систем. Модельний акт безпосередньо включає в себе загальновідомі принципи та норми міжнародного права, переводячи їх у нормативно-концентрованому вигляді в національні законодавчі акти. Він може містити або нормативну концепцію і загальні принципи регулювання в тій чи іншій сфері, норми-дефініції, або бути правовим актом, що є взірцем для актів національного законодавства². При цьому необхідно зазначити, що досвід модельного законодавства у світі вже існує. Наприклад, Міжпарламентська Асамблея СНД підготувала і прийняла понад 150 модельних законодавчих актів³.

У США така форма законодавчого акта знайшла розповсюдження із середини ХХ століття. Це «Однаковий торговельний кодекс», модельний примірний Кримінальний кодекс, модельний Закон про підприємницькі корпорації.

У Російській Федерації модельні акти приймаються з питань спільного відання Російської Федерації і її суб'єктів та з предмета виключного відання суб'єктів Російської Федерації. Розробкою модельних актів для суб'єктів Російської Федерації керує Рада Федерації. До цієї роботи залучаються фахівці в різних сферах, учені-юристи, наукові колективи⁴.

Згадавши ці напрями, необхідно зазначити, що глобалізаційні процеси мають як позитивні наслідки, так і негативні. Загалом до негативних наслідків глобалізації відносять посилення розриву в економічному розвитку різних країн, підлив основ національно-державних комплексів, загострення глобальних проблем, нерівномірність і суперечливість змісту

¹ *Правовая система России в условиях глобализации: // Сб. материалов «круглого стола».* – М., 2005. – С. 67.

² *Тихомиров Ю.А. Проблемы сравнительного законовещения // Государство и право.* – 1993. – № 8. – С. 48–49.

³ *Саидов А.Х. Межпарламентские организации мира: Справочник.* – М., 2004. – С. 223.

⁴ *Законотворчество в Российской Федерации: Науч.-практическое и учеб. пособие / Под ред. А. С. Пиголкина.* – М., 2000. – С. 104–105.

національного законодавства й міжнародного права. Слід зауважити, що антиглобалістські тенденції та вияви в сучасному світі мають під собою певне підґрунтя. Оскільки очевидним є процес нівелювання національних і світових цінностей, а також негативний вплив масової культури, що призводить зрештою до деградації особистості тощо, це не може не вплинути на процеси, що відбуваються у сфері права, у тому числі й у системі джерел права різних країн.

У цьому контексті слід звернути увагу на необхідність науково обґрунтованого, критичного підходу до досвіду правотворчості окремих країн, адже процес інтеграції правових систем повинен мати певні межі задля збереження національної самобутності.

Проблема впливу права Європейського Союзу на національні правові системи є вельми складною як результат значних відмінностей інтересів і традицій¹.

Зокрема, запозичення може мати формальний характер у випадку невідповідності національній правовій доктрині. Тому системи джерел права країн різних правових сімей мають розвиватись переважно відповідно до власних потенційних можливостей, виражати демократичні засади, сприяти розвитку демократичних інституцій. Права та свободи людини і громадянина повинні визначати зміст джерел права та їх призначення. Пряме запозичення норм без урахування національних особливостей не сприяє прогресивному розвитку системи джерел права і правової системи загалом. Одним із запобіжних заходів негативного впливу глобалізаційних процесів може бути уніфікація міжнародних правових норм, вироблення механізму їх реалізації та закріплення гарантій їх захисту.

Для сучасних правових систем основною засадничою ідеєю залишається така: правова доктрина формує принципи права, які визначають зміст норм права, що об'єктивується в системі джерел права. Для системи джерел права характерний поділ на первинні та вторинні, з високою значущістю нормативно-правових актів та стійкою їх ієрархією: Конституція – закон – підзаконний нормативно-правовий акт. Системі нормативно-правових актів притаманна галузева кодифікованість значної їх частини. Водночас тривають подальші пошуки найдодільнішого типу праворозуміння; зростає роль загальноцивілізаційних принципів права; зростає питома вага міжнародних договорів у національних правових системах; уподібнюється правове регулювання у різних країнах під

¹ Жалинский А., Перхист А. Введение в немецкое право. – М.: Спарк, 2001. – С. 57–58.

впливом міжнародних (зокрема європейських) правових стандартів (що водночас може бути загрозливим для європейського розмаїття правового розвитку); посилюється конкуренція міжнародних договорів і законів, законів та правових прецедентів¹.

Отже, інтеграція систем джерел права різних правових сімей є об'єктивним явищем, що зумовлене процесами глобалізації.

4.2. Сучасний стан, тенденції розвитку та удосконалення системи джерел права України

Демократична, соціальна, правова держава може існувати лише за умови ефективної дії системи джерел права, що забезпечує функціонування її демократичних інституцій. Проголошення у 1991 році незалежності України формально вважається початком формування національної правової системи України, що пов'язане з удосконаленням її складових частин: інституційної, функціональної та нормативної. Об'єктивною основою формування і вдосконалення нормативної частини правової системи України є система права, яка забезпечує взаємозв'язок з іншими частинами правової системи, а також з іншими системами, які об'єктивно існують у суспільстві (політичною, економічною тощо). Специфіка норм права, з яких складається система права, визначає способи їх об'єктивації зовні. Відповідно, зовнішнім виявом системи права є система джерел права України, яка перебуває на стадії еволюційного розвитку, про що свідчить їх удосконалення, поява низки нових галузей та інститутів права, а отже, і джерел права. Вивчення та визначення тенденцій розвитку системи джерел права України обумовлюється сутністю того історичного типу права, правової системи, складовою частиною якої вона є.

Розвиток системи джерел права України на сучасному етапі відбувається за декількома напрямками:

1. Удосконалення вже існуючої системи джерел права шляхом прийняття нових нормативно-правових актів, унесення змін і доповнень до вже існуючих, систематизація нормативно-правових актів. В Україні основним джерелом права є нормативно-правові акти (як результат правотворчої діяльності уповноважених суб'єктів), спря-

¹ Луць Л.А. Типологізація сучасних правових систем світу: Відкрита лекція. – К., Сімферополь: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Логос, 2007. – Вип. 3. – С. 13.

мовані на врегулювання найважливіших суспільних відносин. Відповідно, закон чи підзаконний нормативно-правовий акт повинен містити нормативні моделі майбутніх правових відносин, випереджаючи при цьому існуючий рівень суспільних відносин. Прийняття у 1996 році Конституції України стало кульмінаційним моментом у визначенні основних напрямів розвитку законодавства України, а в окремих сферах суспільних відносин (кримінальній, цивільній, аграрній, господарській та деяких інших) – майже повного оновлення. Основними напрямками розвитку конституційного законодавства після прийняття Конституції України були: створення конституційних та законодавчих основ парламентської, адміністративної і судової реформ, реформи місцевого самоврядування і політичної реформи загалом; удосконалення законодавства про вибори та про референдуми; формування законодавчої основи місцевого самоврядування; реформування парламентського законодавства. Проведення політичної реформи у 2004 році, а саме внесення змін до Конституції України, також вимагає внесення змін до чинної системи законодавства.

Найважливішими для розвитку цивільного та господарського законодавства, а також законодавства про підприємництво були: кодифікація цивільного та господарського законодавства; удосконалення законодавства про приватизацію, а також підприємницьку діяльність як загалом, так і в окремих сферах; реформування законодавства, спрямованого на забезпечення сприятливих умов господарської діяльності, зокрема відповідної частини процесуального законодавства.

Основні напрями вдосконалення законодавства у сфері соціально-трудових відносин були підпорядковані досягненню головної мети – підвищенню ефективності системи соціального захисту населення шляхом прийняття законів, які формували сучасний стан системи соціального захисту населення, а саме: прийняття Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування (1998 рік), що визначили основні напрями діяльності органів законодавчої та виконавчої влади стосовно розвитку базуютьоючої системи соціального захисту населення.

У сфері бюджетного законодавства основним здобутком стало прийняття Бюджетного кодексу України (2001 рік), за допомогою якого істотно підвищено прозорість та відкритість бюджетних процедур (чітко окреслені органи, які беруть участь у прийнятті бюджету на різних стадіях цього процесу, а також механізми їх взаємодії); запроваджено об'єктивні критерії бюджетного фінансування; передбачено підвищення автономності бюджетів місцевого самоврядування та рівня їх відповідальності, розширення повноважень.

У галузі сільського господарства визначальним було прийняття Закону України «Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001–2004 років» (2001 рік). Цей Закон визначив основні засади державної політики на період реформування сільського господарства протягом чотирьох років як пріоритетної галузі народного господарства. Важливим було прийняття Антидемпінгового кодексу України, який складається із законів України «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту», «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту», «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну» тощо. Проведення аграрної реформи вимагало: приведення законодавчих положень з питань права власності на землю у відповідність із Конституцією України; зняття правових обмежень щодо обігу земель, формування ринку землі; посилення законодавчого регулювання відносин у сфері охорони земель тощо. Певним чином розв'язанню цих проблем сприяло прийняття Закону України «Про оренду землі» (1998 рік), Земельного кодексу України (2001 рік). Земельний кодекс до Конституції України закріпив право власності на землю всіх учасників земельних відносин – громадян, юридичних осіб, територіальних громад і держави.

Відбулося оновлення шлюбно-сімейного законодавства шляхом розробки і прийняття Сімейного кодексу України (2002 рік).

У сфері екологічного та природноресурсового законодавства прийнято понад 100 законодавчих актів, спрямованих на ратифікацію міжнародних конвенцій з питань охорони окремих природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки, ліквідацію прогалів у правовому регулюванні окремих сфер природокористування та охорони довкілля, забезпечення розв'язання нагальних проблем з питань ліквідації негативних наслідків стихійного лиха в окремих місцевостях України, внесення змін до чинних законодавчих актів з метою наближення їх до потреб практики, запровадження системного (програмного) підходу до розв'язання ключових проблем екології в Україні.

Прийняття нового Кримінального кодексу України ознаменувало собою завершення в основному реформування українського кримінального законодавства.

У 2003 році відбулося прийняття Цивільного та Господарського кодексів України. З прийняттям цих кодексів відбулося оновлення відповідного законодавства: прийнято Цивільний процесуальний кодекс України (2004 рік), Кримінально-виконавчий кодекс України (2003 рік), Кодекс адміністративного судочинства України (2005 рік).

Забезпечення розвитку міжнародних відносин відбувалося шляхом ратифікації міжнародних договорів України. Було розглянуто понад 300 міжнародних договорів. Переважну більшість розглянутих міжнародних угод ратифіковано загалом. Сфера їх дії є досить розгалуженою і стосується майже всіх сторін суспільного життя: економіки, транспорту, прав людини, соціального захисту, боротьби зі злочинністю, екології, митних відносин, правової допомоги тощо.

Сьогодні в Україні існує потреба в підготовці та прийнятті близько 500 законів; більшість із них підготовлено та внесено до Верховної Ради України у встановленому порядку (в різний час) кілька років тому, але із різних причин ще не розглянуто.

Першочерговими вважаються законопроекти, прийняття яких безпосередньо передбачене Конституцією, або ті, що стосуються внесення змін до Конституції України. Потребують невідкладного прийняття кодекси або закони, спрямовані на реалізацію соціальних, культурних та інших прав і свобод людини та громадянина: Житловий кодекс України, Кодекс про працю України, Кодекс про ядерну безпеку України, Екологічний кодекс України, Соціальний кодекс України, Кодекс про охорону здоров'я громадян України тощо.

Недостатньо врегульованою залишається і духовна сфера: потребують нових або оновлених законів сфера інформації, культури, охорони культурної спадщини та ін.

Загалом система нормативно-правових актів з 1991 року зазнала кількісних і якісних змін, що супроводжувалося значним зростанням темпів законодавчої діяльності. Для порівняння: згідно з науковими та статистичними джерелами, в Радянському Союзі з 1938 по 1988 рік було прийнято близько ста законів¹. Відповідно, у середньому в рік приймалось п'ять законодавчих актів.

В Україні, за офіційними даними, з 1991 по 2007 рік було прийнято 3426 законів і 7345 постанов, відповідно щороку Верховна Рада України приймала в середньому 201 закон і 432 постанови. Якщо прослідкувати тенденцію за роками (1991–1993 роки – в середньому було прийнято 115 законів і 281 постанова на рік, у 1994–1997 роках – 177 законів і 405 постанов, 1998–2001 – 254 закони і 445 постанов, у 2001–2004 роках – 283 закони і 542 постанови, у 2005–2007 роках – 207 законів і 923 постанови). Отже, можна дійти висновку про нарощування темпів законодавчої діяльності в напрямі збільшення кількості прийнятих нор-

¹ Тихомиров Ю.А. Закон: притязания, стабильность, коллизии // Законодательство России в XXI веке: По материалам научно-практической конференции. – М., 2002. – С. 11

мативно-правових актів, поступового розширення сфери правового регулювання суспільних відносин, деталізації цього регулювання. Водночас при такому збільшенні кількості нормативно-правових актів сьогодні необхідно констатувати, що розвиток системи нормативно-правових актів України має певною мірою безсистемний, а іноді й хаотичний характер. Попри досить швидкі темпи законодавчої діяльності, поза межами правового регулювання залишаються значні масиви суспільних відносин. Зазвичай спостерігається нерівномірний розвиток окремих галузей законодавства.

• Водночас низький професійний рівень суб'єктів законодавчого процесу, зниження наукового опрацювання проектів нормативно-правових актів, нормативно-правових договорів призводить, урешті-решт, до збільшення їх кількості, з одного боку, та суперечливості їх змісту, – з іншого. Наприклад, згідно зі ст. 37 Закону України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку», в якій зазначено, що рішення про будівництво ядерних установок і об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами, *приймає Кабінет Міністрів України разом з місцевими органами державної влади і самоврядування*; у ст. 17 Закону України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» йдеться про те, що *прийняття рішень про розміщення, проектування, будівництво ядерних установок і об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами, що мають загальнодержавне значення, є винятковою компетенцією Верховної Ради України*; у ст. 18 Закону України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» зазначено, що прийняття рішень про будівництво ядерних установок і об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами, крім тих, по яких приймає рішення Верховна Рада України, *є компетенцією Кабінету Міністрів України*; у ст. 20 Закону України «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» йдеться про те, що *місцеві органи державної влади і самоврядування погоджують* питання розміщення на своїй території ядерних установок і об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами; у ст. 8 Закону України «Про поводження з радіоактивними відходами» – про те, що *місцеві органи державної виконавчої влади й органи місцевого самоврядування погоджують питання* розміщення на своїй території об'єктів, призначених для поводження з радіоактивними відходами; у ст. 7 Закону України «Про об'єкти підвищеної небезпеки», де сказано про те, що *обласні, районні, міські й інші ради надають дозволи на будівництво* об'єктів підвищеної небезпеки; у ст. 12 Закону України «Про об'єкти підвищеної небезпеки» – про те, що суб'єкт господарської діяльності *попередньо повинен одержати згоду*

відповідної ради на розміщення об'єкта підвищеної небезпеки на його території. Отже, у чинному законодавстві немає чіткого визначення, хто приймає рішення про будівництво зазначених об'єктів. У ньому також немає чіткого визначення ролі й компетенції місцевих органів державної влади і самоврядування у вирішенні питань будівництва ядерних установок і об'єктів поводження з радіоактивними відходами. В одному випадку вони приймають рішення разом з Кабінетом Міністрів України (ст. 37), у другому – тільки погоджують (ст. 20), а приймають їх Верховна Рада України чи Кабінет Міністрів України, у третьому – вони «надають дозволи» (ст. 7, 12 Закону України «Про об'єкти підвищеної небезпеки»). Отже, колізії явні. Але, у зв'язку із підвищеною небезпекою ядерних об'єктів, неоднозначність тлумачення ядерного законодавства й невизначеність повноважень у цій галузі неприпустимі.

Створення умов штучного прискорення розробки та прийняття окремих законодавчих актів, зниження ролі науки або правової доктрини в правотворчому процесі стало, на жаль, практикою роботи Верховної Ради України. Наприклад, Закон України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» № 877 від 05 квітня 2007 року, із назви якого походить тотожність таких понять, як «нагляд» і «контроль». Існуючі ж наукові дослідження природи та змісту цих понять дають змогу стверджувати про неможливість їх ототожнення. Крім того, часто відбувається прийняття нових законів без узгодження з уже існуючими або одночасне прийняття нормативно-правових актів, що мають юридичні колізії. Наприклад, Цивільний і Господарський кодекси України, низка положень яких не узгоджені між собою.

Водночас кількісна характеристика нормативно-правових актів свідчить про нівелювання принципу верховенства закону, надання переваги підзаконним нормативно-правовим актам (делегованій правотворчості) – актам уряду. Зокрема, за офіційними даними, із серпня 1991 року по 1 жовтня 2007 року Кабінетом Міністрів України прийнято 25696 постанов та 83 декрети (у середньому 1511 постанов на рік, що у 7,5 рази більше від кількості законів).

Не понижуючи ролі підзаконних нормативно-правових актів в регулюванні суспільних відносин, необхідно зазначити тенденцію до надмірного й невиправданого зростання обсягів підзаконної правотворчості. Зокрема, це зумовлено відсутністю механізму їх реалізації та значною кількістю суб'єктів підзаконної правотворчості, нечіткість визначення їхніх правотворчих повноважень.

З огляду на те, що функціонування системи джерел права означає забезпечення державою можливості суб'єктів використання, виконання,

дотримання та застосування правових приписів, що містяться в них, слід зазначити декларативність окремих норм діючої системи законодавства, що означає відсутність гарантій їх реалізації. Наприклад, ст. 47 Конституції України закріплює право кожного громадянина на житло, ст. 48 – на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло. Через відсутність механізму реалізації цього права та відповідальності певних суб'єктів зазначені права залишаються не реалізованими для переважної більшості населення України. Декларативними залишаються норми міжнародних хартій, ратифікованих Верховною Радою України.

Ми поділяємо думку Л.Н. Завадської, що будь-який закон має містити три складові: матеріальні норми, що закріплюють за суб'єктами права та обов'язки; процесуальні засоби захисту реалізації прав й обов'язків, що забезпечують, по суті, формальну рівність нерівних суб'єктів. І, по-третє, процесуальні засоби захисту та поновлення порушеного права. На жаль, закони складаються лише із двох частин: першої та третьої. Звідси декларативний характер законів. Доки законодавець буде ігнорувати розроблені наукою рекомендації щодо структури законів та гарантій їх реалізації, доти вся система законодавства буде залишатися неефективною¹.

Велика кількість правових актів, що іноді регулюють плідні суспільні відносини, переважання приватних інтересів, відомчості, колізійність і складність текстів правових актів, що робить їх незрозумілими для суб'єктів правореалізації, – усе це призвело до посилення правового нігілізму в суспільстві, зниження рівня правової культури та правової свідомості населення, недотримання режиму законності, збільшення кількості правопорушень.

Однією з негативних тенденцій у розвитку нормативно-правових актів України є, на нашу думку, політизація їх змісту, що є результатом панування принципу політичної доцільності, а її переважання перед об'єктивними потребами регулювання суспільних відносин спричиняє розбалансування системи джерел права й загострення виявів правового нігілізму тощо.

Іншою тенденцією розвитку сучасного законодавства є його спеціалізація, яка відображає ідентичний прогресивний процес у різних соціальних сферах суспільства, спрямований на врахування особливостей, специфіки та багатогранності суспільних відносин, урегулювання

¹ Цит. за: Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: Дис. ... канд. юрид. наук. – Самара, 2000. – С. 25–26.

яких відбувається певним комплексом юридичних приписів та нормативних актів. Спеціалізація законодавства має узгоджуватися з його уніфікацією – детермінованим практикою суспільного розвитку, сутнісноформалізованим процесом, спрямованим на подолання відмінностей у регулюванні подібних або споріднених явищ та створення різнорівневих нормативних актів або приписів, що здійснюють суттєвий вплив на стан та удосконалення системи законодавства. Уніфікація зменшує обсяг нормативного матеріалу, виключає його дублювання; полегшує застосування правових приписів на практиці та усуває невідповідні випадки спеціалізації¹.

На сучасному етапі правотворення та правореалізації можна прослідкувати не лише зміну змісту, а й зміну сутності окремих джерел права. Ідеться про нелегітимність або часткову легітимність окремих інститутів державної влади, правові акти яких також можна визнати нелегітимними. Легітимність правових актів досягається завдяки демократичному принципу «переваги більшості» (ухвалення рішень більшістю голосів). Водночас багато законів Верховна Рада України приймає з перевагою в декілька голосів.

Однією з тенденцій розвитку правотворчості на найближчу та віддалену перспективу є гуманізація змісту джерел, демократизація правових інститутів і норм усіх галузей права одночасно з демократизацією політичних та економічних інститутів суспільства², шляхом упровадження демократичних норм та інститутів, закріплення загальнолюдських принципів права, застосування нових методів і засобів правового регулювання. Крім того, визнання людини найвищою соціальною цінністю обумовлює необхідність урахування її участі у процесах створення та реалізації права. Отже, змістом нової правової доктрини має стати перерієнтація вітчизняного правознавства із соціоцентричного на антропоцентричний підхід³.

2. Наступною тенденцією розвитку системи джерел права України є проникнення прецедентних засад у вітчизняну правову систему, що має важливе значення, оскільки суперечить вітчизняній правовій доктрині, згідно з якою судові органи влади не мають і не можуть мати правотворчих повноважень. Ідеться про визнання судового прецеденту джерелом права.

¹ Шадрже А. М. Методология теории и практики современного российского законодательства (теоретико-правовой анализ). Дис. ... д-ра. юрид. наук. – СПб., 1999. – С. 316–317.

² Там само. – С. 65.

³ Поляков А. В. Коммуникативная концепция права (проблемы генезиса и теоретико-правового обоснования). Дис. ... д-ра. юрид. наук в форме научного доклада. – СПб, 2002. – С. 5–7.

Відповідно до п. 4 ст. 13 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 року, Конституційний Суд України приймає рішення і дає висновки у справах щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України. Тобто Конституційний Суд України має виключне право на офіційне тлумачення Конституції і законів України, що передбачає не тільки скасування чи зміну окремих положень цих нормативно-правових актів, а й видання нових конституційних нормативно-правових приписів. На думку В. Шаповала, це дозволяє віднести Конституційний Суд до суб'єктів законотворчої діяльності. Ю. Тодика вважає, що рішення Конституційного Суду України слід віднести до джерел конституційного права, особливо ті з них, що стосуються тлумачення Конституції і законів України¹. В. Погорілко та В. Федоренко, посилаючись на рішення Конституційного Суду України від 9 червня 1998 року № 8-рп/98 (справа щодо внесення змін до Конституції України), констатують: висновок Конституційного Суду України матиме значення гарантії додержання встановленого порядку внесення змін до Конституції України та стабільності Конституції України тільки за умови його обов'язковості для Верховної Ради України. Недодержання цієї умови Верховною Радою України є порушенням принципу здійснення державної влади в Україні на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Відповідно висновки Конституційного Суду України є нормативно-правовою гарантією стабільності Конституції та закладеного в ній поділу влади, що однозначно вказує на чільне місце нормативно-правових актів Конституційного Суду України в системі джерел конституційного права України². При цьому, на нашу думку, автори суперечать самі собі, формулюючи проблему й одночасно залишаючи відкритим питання щодо юридичної сили висновків і рішень Конституційного Суду України: за суб'єктом нормотворчості вони є підзаконними актами, а за змістом і процесуальною формою нормотворчості фактично мають таку саму юридичну силу, як і Конституція та закони України.

Рішення Конституційного Суду, які містять офіційне тлумачення, мають загальнообов'язковий і абсолютно автономний характер щодо норм, які ними тлумачаться, оскільки такі рішення містять певні обов'язкові

¹ Шаповал В. Теоретичні проблеми реалізації норм Конституції // Право України. – 1997. – № 6. – С. 5–6; Тодика Ю. Н. Конституционное право Украины: отрасль права, наука, учебная дисциплина. – Х., 1998. – С. 40.

² Конституційне законодавство України: Законодавчі акти. коментар, офіційне тлумачення. – К., 2000. – С. 752; Погорілко В., Федоренко В. Джерела права України (загальна теорія джерел конституційного права) // Вісн. Акад. правових наук України. – 2002. – № 1 (28). – С. 56.

правила, дія яких поширена на невизначене коло осіб. Невиконання цих рішень при застосуванні норм права, щодо якої є офіційне тлумачення, є підставою для скасування їхніх дій та актів. Вимоги щодо безпосередньої обов'язковості покладаються на резолютивну частину рішень Конституційного Суду. Опосередкована обов'язковість покладається так само і на мотивувальну частину судового рішення, в якій безпосередньо містяться правові позиції Конституційного Суду. Найочевиднішою формою суддівської правотворчості є рішення Конституційного Суду щодо визнання акта неконституційним, що тягне за собою втрату ним своєї юридичної сили. Тобто таке рішення є не просто підставою для скасування останнього, – це позбавлення його юридичної сили, тобто опосередковане фактичне скасування, що є актом правотворчості¹.

На думку Д.Ю. Хорошковської, рішення Конституційного Суду, відповідно до своєї специфічної правової природи і значущості, безумовно, входять у систему джерел права України. Їхній зміст як джерела права становить:

- негативна правова норма (у рішеннях щодо визнання того чи іншого нормативно-правового акта неконституційним);
- обов'язкове тлумачення Конституції та законів України, що виступає як або правова підстава незастосування положень правових норм, аналогічних за змістом до тих, які визнано неконституційними, або взірець розуміння конкретної правової норми, обов'язкового для всіх судів².

Юридична природа рішень Конституційного Суду з питань визнання неконституційними вказаних правових актів полягає, по-перше, у здійсненні ними окремих функцій нормативно-правових актів; по-друге, в особливостях їх правового змісту й цільового призначення для обов'язкового виконання органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим та місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами; по-третє, в особливостях юридичної сили, яка вища за юридичну силу законів (це прямо випливає з положень ст. 150 і 152 Конституції України); по-четверте, в особливостях дії рішень у часі. Рішення Конституційного Суду з питань офіційного тлумачення Конституції і законів України органічно пов'язані з Конституцією та законами України як інтерпретаційні акти органу конституційної юрисдикції; юридична сила таких актів вища за юридичну силу законів та інших правових актів³.

¹ Хорошковська Д.Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 14-15.

² Там само. – С. 15.

³ Там само.

Цікавим є твердження Д.Д. Лилака про те, що право Конституційного Суду України тлумачити Конституцію і закони України надає йому статусу законотворчого органу, а актам офіційного тлумачення – обов'язкового для всіх юридичних і фізичних осіб характеру. Іншими словами, ці акти є нормативно-правовими і діють у просторі, часі і щодо кола осіб так само, як витлумачені норми Конституції і законів України. При цьому рішення про підтвердження конституційності закону та інших актів не є новим правовим актом, як і рішення про його неконституційність, оскільки в останньому випадку в такий спосіб із правової системи вилучається колізійний акт або його колізійна частина¹.

Б.В. Малишев, досліджуючи проблему прецеденту у вітчизняній судовій системі, приходять до висновку, що рішення Конституційного Суду України, якими скасовуються правові акти (або їх частини) на підставі їх неконституційності, а також рішення щодо офіційного тлумачення Конституції та законів, відносяться до джерел (форм) права України. Водночас такі рішення Конституційного Суду України не можна ототожнювати із судовим прецедентом з огляду на якісні характеристики норм права, що містяться в них: така норма не може вважатися прецедентною, оскільки являє собою не принцип вирішення спору, а є метою діяльності суду, що оформлюється у резолютивній частині рішення. Ці рішення автор пропонує назвати «квазіпрецедентами»².

А. М. Шадже пропонує в чинному законодавстві передбачити, що прийняті Конституційним та Верховним судами у встановленому порядку нормативні постанови є допоміжними формами (джерелами) права. Залишивши за Верховним Судом право видавати акти офіційного тлумачення, слід надати йому право видавати нормативні постанови³.

Особливе місце в системі джерел права України посідають рішення Європейського Суду, які містять правоположення (судові прецеденти) і є обов'язковими для застосування в контексті тлумачення положень Європейської Конвенції з прав людини⁴ (далі – Конвенції). Зокрема, відповідно до ст. 2 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини»⁵, рішення Європейського

¹ Лилак Д.Д. «Квазізакони» в системі законодавства України // Вісн. господарського судочинства. – 2001. – № 2. – С. 144–147.

² Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 14–15.

³ Шадже А.М. Методологія теорії та практики сучасного російського законодавства (теоретико-правовий аналіз): Дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 1999. – С. 64–65.

⁴ Хорошковська Д.Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 4, 6–7.

⁵ Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини: Закон України // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 30. – С. 260.

Суду з прав людини є обов'язковими для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції. З метою забезпечення додержання Україною положень Конвенції, порушення яких встановлене рішенням, забезпечення усунення недоліків системного характеру, які лежать в основі виявленого судом порушення, а також усунення підстави для надходження заяв проти України, органи державної влади зобов'язані вжити заходів загального характеру, зокрема внести зміни до чинного законодавства та практики його застосування. Відповідно до ст. 17 Закону, суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського Суду як джерело права. (Детальніше див. підрозділ 2.3.)

На нашу думку, на сучасному етапі надання суду правотворчих повноважень і визнання судового прецеденту джерелом права може розбалансувати систему розподілу влади, що не буде відповідати основним засадам правової, демократичної держави та суперечитиме існуючій сталій практиці державотворення і правотворення, хоча в майбутньому існує можливість входження судового прецеденту до системи джерел права України.

Однак запровадження прецедентного права в Україні повинно являти собою поступовий та багатовекторний процес, пов'язаний із зміцненням незалежності судової влади, підвищенням професійних вимог до суддів, забезпечення належного рівня правової культури населення¹.

Крім того, останнім часом поживавилась дискусія щодо визнання судової практики джерелом права. Рене Давід, аналізуючи юридичну природу судової практики, зазначає, що ці збірники та довідники, у яких узагальнюється судова практика, пишуться не для істориків права та не для задоволення їх читачів: вони створюються для юристів-практиків, їх роль пояснюється лише тим, що судова практика є у прямому розумінні слова джерелом права². Л.А. Морозова, розуміючи «джерело права» як соціальні фактори та явища дійсності, що слугують фундаментом процесу зародження правових норм, також визнає судову практику джерелом права. Незалежно від офіційного визнання цього факту, судова практика реально породжує нові юридичні норми, створюючи таким чином своєрідний канал правоутворення та будучи реакцією на виникнення нових суспільних відносин³.

У цьому аспекті слід зазначити про триваючі дискусії щодо визнання судової практики джерелом права. Переважна більшість дослідників

¹ Малишев Б.В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – С. 17.

² Давид Р. Основные правовые системы современности / Пер. с франц. В.А. Туманова. – М., 1988. – С. 131, 137.

³ Морозова Л.А. Еще раз о судебной практике как источнике права // Гос-во и право. – 2004. – № 1. – С. 20, 23.

(П. Недбайло, С. Зівс, А. Мішкевич, А. Піголькін, І. Новицький, С. Ткачова та ін.) не визнає за судом правотворчих повноважень. Частина дослідників (А. Венгеров, В. Туманов) пропонують у випадку вирішення судом справи за аналогією, визнати рішення суду правоположенням, що містить норми права.

Д.Ю. Хорошковська розглядає судову практику як додаткове, другорядне джерело права, оскільки за її допомогою деталізуються і конкретизуються закони, виробляються правоположення.

Правоположення як результат судової практики виявляються в системі джерел права будь-якої правової системи; таким чином визначається роль судової практики в системі джерел права. Рішення судів з визнання недійсними актів державних органів містять правоположення (прецеденти тлумачення), які виробляються судовою практикою шляхом конкретизації-вищої норми права в тих обставинах, що регламентуються спірною нижчою нормою, і такі рішення суду є безпосереднім джерелом права.

Нові правоположення, вироблені судовою практикою, узагальнені на пленарних засіданнях і виявлені в постановах Пленуму Верховного Суду як у джерелах права, містяться в таких двох групах постанов: а) створення прецеденту тлумачення норм права шляхом різних видів конкретизації; б) усунення прогалин у таких галузях права, де допускається використання аналогії права і/або аналогії закону.

Сприйняття правоположень здійснюється не на підставі обов'язковості, а відповідно до аргументованості та авторитету вищих судових інстанцій. Правоположення в континентальній системі права найчастіше перетворюються у класичну форму права (у періоди проведення кодифікації законодавства), але вони здійснюють регулятивний вплив і у своєму первинному значенні як вияви судової практики у формах прецедентів тлумачення при усуненні прогалин у праві.

Рішення Верховного Суду щодо прямого застосування Конституції, як прецеденти тлумачення, обов'язково повинні підлягати опублікуванню, у разі набрання ними законної сили, і за цієї умови повинні бути визнані джерелами права. По-перше, у таких рішеннях наявне нове суддівське тлумачення Конституції, оскільки норми останньої також часто мають абстрактний характер; можлива нова регламентація певних правовідносин; отже, правотворчий аспект забезпечений. По-друге, якщо нормативно-правовий акт не відповідає Конституції, а отже, не підлягає застосуванню, то цей факт повинен бути доведений до загального відома¹.

¹ Хорошковська Д.Ю. Роль судової практики в системі джерел права України: теоретико-правове дослідження: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – С. 9–12.

Такі висновки мають, на нашу думку, спірний характер, оскільки: юридична сила не може ґрунтуватися лише на авторитеті органу державної влади, на це має бути конституційне уповноваження; офіційне опублікування також не є визначальною ознакою джерел права; здійснювати аналіз нормативно-правових актів на відповідність Конституції України – повноваження не Верховного Суду України, а Конституційного Суду України.

Тому, на нашу думку, передчасно утверджувати визнання судової практики джерелом права, хоч вона і є вагомим чинником правотворчої діяльності законодавчих органів.

3. Удосконалення правового забезпечення нормотворчої діяльності. Крім підготовки та прийняття нових нормативно-правових актів, унесення змін і доповнень до вже існуючих, удосконалення нормотворчої діяльності передбачає також вироблення єдиних критеріїв визначення форм правових актів – джерел права – та їх змісту. Відповідно, існує об'єктивна потреба визначення не лише сфери суспільних відносин або напряму правового регулювання, а й, можливо, затвердження переліку питань, які повинні регулюватися законами, й окремо – підзаконними нормативно-правовими актами для визначення меж конкретизації законів підзаконними актами та самостійних сфер суспільних відносин, які можуть бути ними врегульовані; або можуть бути врегульовані за допомогою договорів нормативного змісту; визначити виключну сферу застосування правового звичаю та кола відносин, які можуть бути врегульовані на підставі принципів права. У цьому правовому акті також повинні нормативно закріплюватись основні правила законодавчої техніки, що поліпшить їх структуру, мову (у тому числі й термінологію), стиль нормативно-правових актів, забезпечить одноманітність правотворчої діяльності. Це об'єктивно зумовить зменшення їх кількості та поліпшення якості.

Частково ці питання врегульовані Конституцією України, Регламентом Верховної Ради України, Указом Президента України «Про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» від 3 жовтня 1992 року, постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади» від 28 грудня 1992 року, Указом Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» від 10 червня 1997 року, які не розв'язали проблеми загалом. Актуальним залишається прийняття відповідного закону,

який би, ґрунтуючись на конституційних приписах, регламентував процес безпосереднього розроблення проектів і прийняття законів та інших нормативно-правових актів, визначав ієрархію джерел права, у тому числі фіксував співвідношення між кодифікованими та простими за структурою законами, які регулюють однакові суспільні відносини та формально володіють однаковою юридичною силою, але мають відмінності у правозастосовній практиці. Це саме стосується загальних та спеціальних законів. Об'єктивно існуючи, такі закони вимагають існування спеціальної процедури їх застосування, оскільки неврегульованість даного питання викликає колізії у праві та знижує рівень ефективності правового регулювання суспільних відносин.

В Україні триває дискусія, розпочата в середині 90-х років ХХ століття, щодо необхідності прийняття нормативно-правового акта такого змісту. У Верховній Раді України обговорюється декілька варіантів законопроектів (наприклад, законопроекти внесені народними депутатами Р. Зваричем та О. Лавриновичем). Ю.С. Шемшученко, прихильник ідеї розробки Закону «Про нормативно-правові акти», вважає його засобом упорядкування системи нормативно-правових актів, забезпечення високих вимог до їх змісту, форми та наукового обґрунтування, підвищення ефективності їх реалізації¹. М.М. Марченко також вважає за доцільне прийняття Закону «Про нормативно-правові акти»². На думку О.І. Юшика, це має бути Закон «Про закони і законодавчу діяльність» як правова основа всіх нормативно-правових актів, що передбачає умови дії закону, визначає порядок його зміни, суб'єктів та організаційно-правові засади законодавчої діяльності, а також вимоги до систематизації законів. Крім того, для правового забезпечення організації та діяльності парламенту необхідно створити систему законів парламентського права, а не намагатися все це право втиснути в Регламент, зробивши з нього квазі-кодекс зі статусом постанови. Очевидно, що така система законів, крім Конституції, має включати: закони «Про Верховну Раду України» (як основу системи парламентського права), «Про статус народного депутата», «Про комітети», «Про закони і законодавчу діяльність», «Про Регламент Верховної Ради України» тощо. До цього слід додати низку підзаконних нормативно-правових актів, які розвивають окремі з названих законів (положення про апарат Верховної Ради, про юридико-технічні вимоги до за-

¹ Семчик В. Юридична сила закону // Вісн. Акад. правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 23–27.

² Марченко М.Н. Закон в системе источников современного российского права / Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М.К. Треушникова. – М.: ОАО Изд. дом Городец, 2005. – С. 58.

конів тощо)¹. Є.П. Євграфова пропонує об'єднати парламентські норми, що встановлюють процедуру законодавчого процесу, організацію і порядок діяльності Верховної Ради, в одному систематизованому за предметним, функціональним цільовим та іншими критеріями законодавчому кодексі Верховної Ради України (або Кодексі діяльності Верховної Ради України)².

Одним з аспектів правового регулювання Закону «Про нормативно-правові акти» має бути визначення змісту та обсягу поняття «законодавство». Сьогодні до розв'язання цього завдання існують різні підходи; зокрема, обсяг цього поняття визначається таким чином:

- 1) це система законів та підзаконних нормативно-правових актів;
- 2) це система законів;
- 3) це система всіх чинних у державі правових актів, у тому числі й міжнародних договорів.

Зокрема, А.П. Засць визначає систему законодавства як «єдність взаємозв'язаних приписів, що відображають зміст правових норм, розрізняються за виконанням суворо визначених функцій у регламентації суспільних відносин й об'єднаних у нормативних актах, які є засобом їх об'єктивації»³. С.В. Погорелов розширює зміст системи законодавства, включаючи до неї комплекс взаємодіючих нормативно-правових приписів, що містяться в юридичних актах і нормативно-правових угодах, який характеризується їх єдністю та узгодженістю і одночасно розподілом на певні частини (елементи)⁴. Стаття 9 Конституції України визнає чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, частиною національного законодавства.

Існує також думка, що поняття «законодавство» охоплює лише закони, у тому числі закони, яким Верховна Рада дала згоду на обов'язковість дії на території України міжнародних договорів, ухвалені відповідно до Конституції. Жодні інші нормативно-правові акти не можуть входити до його складу. Винятком з цього є лише чинні декрети Кабінету Міністрів України, за якими закріплено статус закону, а також рішення і висновки Конституційного Суду України⁵.

¹ Юцук О.І. Теоретичні основи законодавчого процесу: Монографія. – К.: Парлам. вид-во, 2004. – С. 319–330.

² Євграфова Є.П. Система національного законодавства в контексті права (лібертарно-легістський підхід): Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 31.

³ Засць А.П. Система советского законодательства (проблеми согласованности). – К.: Наук. думка, 1987. – С. 12.

⁴ Погорелов С.В. Кодифікаційна діяльність в правовій системі України (загальнотеоретичний аспект): Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. – Х., 2000. – С. 99.

⁵ Євграфова Є.П. Система національного законодавства в контексті права (лібертарно-легістський підхід): Монографія. – К.: КНТ, 2007. – С. 32.

Ми не погоджуємось із цим твердженням, оскільки не всі рішення Конституційного Суду України можна визнати джерелом права, а лише ті, що визнають неконституційними положення законів чи інших нормативно-правових актів. Конституційний Суд, таким чином, не створює нових норм права, а лише визнає неконституційними ті, що суперечать Конституції. З моменту прийняття такого рішення неконституційний нормативно-правовий акт або його частина втрачає чинність або, іншими словами, скасовується.

Тлумачення Конституційним Судом України терміна «законодавство» є досить неоднозначним. Так, згідно з цим тлумаченням термін «законодавство», що вживається у частині третій ст. 21 Кодексу законів про працю України щодо визначення сфери застосування контракту як особливої форми трудового договору, треба розуміти так, що ним охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети й постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України»¹.

В цьому випадку до обсягу поняття «законодавство» не включені загальні принципи права, рішення Конституційного Суду України, правові звичаї (ст. 7 Цивільного кодексу України), інші нормативно-правові договори (зокрема колективні) та інші джерела права. Водночас це визначення, на нашу думку, невиправдано розширює зміст поняття «законодавство» і знижує ефективність правового регулювання суспільних відносин з огляду на складність з'ясування співвідношення між цими джерелами та, відповідно, порядку їх реалізації.

Визначення законодавства як сукупності всіх чинних нормативно-правових актів не є науково об'рунтованим і практично неефективним для становлення та розвитку правової держави, в якій закони після Конституції мають найвищу юридичну силу.

Принцип верховенства закону, що є найважливішим елементом ієрархічної побудови системи нормативно-правових актів, за таких обставин втрачає свої властивості й нівелюється.

Усі джерела права у формально-юридичному розумінні мають різну правову природу, відповідно вбачається неприпустимим їх включення у зміст поняття «законодавство». Це самостійні джерела права (за винятком

¹ Рішення Конституційного Суду України № 12 – рп/98 від 9 липня 1998 р. // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 32 (27. 08. 98). – Ст. 1209.

правових принципів та правової доктрини), які посідають окреме місце в національній правовій системі, є складовою системи джерел права.

Таким чином, розв'язати цю проблему на нормативному рівні можна за допомогою розроблення та прийняття Закону «Про нормативно-правові акти», у якому слід чітко визначити зміст поняття «законодавство», «система законодавства», «система нормативно-правових актів», «система джерел права». На нашу думку, необхідно розрізняти систему законодавства й систему нормативно-правових актів, а під системою законодавства розуміти виключно систему законів. Система нормативно-правових актів складатиметься із системи законів та системи підзаконних актів. Доцільно також розглядати окремо нормативно-правові договори й рішення Конституційного Суду та Рішення Європейського Суду з прав людини, принципи права, правові звичаї. Усі ці елементи виступають підсистемами системи джерел права, пов'язаних між собою зв'язками координації і субординації, диференціації та інтеграції тощо, забезпечуючи таким чином упорядкування правової системи України загалом, панування принципу верховенства права, що діє в системі з іншими: верховенство закону, дотримання прав і свобод громадян, розподілу влади на законодавчу, виконавчу й судову тощо.

4. Оновлення системи джерел права України у зв'язку із входженням в європейський правовий простір. Правова система сучасної України формується як звільнена від соціалістичної сутності. Ця система перебуває на стадії перехідного періоду й деякою мірою зберігає певні риси минулої системи, з якої вона сформувалася. Водночас за період незалежності Україною закладений правовий фундамент, що дає змогу твердити, що вона належить до романо-германського типу правової системи на правах особливого європейського досвіду¹. Водночас для сучасної Української держави характерні: активне оновлення нормативної частини правової системи згідно з європейськими правовими стандартами; урізноманітнення правових засобів, зокрема джерел права; зростання питомої ваги міжнародних договорів; розформалізованість правової системи².

Зазначені процеси змінюють уявлення про джерела права, система яких розширюється та збагачується, отримуючи прямий вплив процесу європеїзації та правової глобалізації. Україна належить до так званих

¹ Скакун О.Ф. Теория государства и права. – Х., 2000. – С. 563–564.

² Луць Л.А. Типологізація сучасних правових систем світу: Відкрита лекція. – К., Сімферополь: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; Логос, 2007. – Вип. 3. – С. 13–14.

«перехідних держав», і, на жаль, проблеми, що супроводжують світові глобалізаційні процеси, додаються до численних проблем розбудови держави.

У цьому контексті слід зазначити, що національна система джерел права має притаманні лише її властивості, зв'язки й, відповідно, специфіку. При цьому можна зазначити про існування спільних рис між окремими національними системами джерел права – у межах правових сімей. Але оригінальними завжди залишаються зв'язки та відносини всередині системи та її зв'язки з іншими системами в межах правової системи.

Національні системи джерел права держав-членів Європейського Союзу будуються на принципах романо-германської правової сім'ї, але з очевидним багатоманіттям. При цьому забезпечується пріоритет права Європейського Союзу перед національним правом, що визнається і конституціями держав-членів.

У цьому контексті, насамперед, слід зазначити, що перетворення чинної системи джерел права України має відбуватися на базі Конституції України як юридичної основи внутрішньої та зовнішньої політики Української держави з урахуванням світових правових стандартів. Це є передумовою єдності, узгодженості та сприятиме усуненню суперечностей всередині системи джерел права, запобігатиме змішуванню принципів верховенства права та верховенства закону, надасть їм значення найважливіших регуляторів суспільних відносин. Інтеграція України в європейське та світове співтовариство в умовах глобалізації всіх сфер суспільних відносин потребує комплексного розв'язання багатьох проблем, а отже, й пошуку нових наукових підходів щодо можливостей та шляхів їх подолання.

Історично ці проблеми не є лише проблемами України, вони постали майже перед усіма державами – колишніми членами СРСР, системи джерел права яких потребували глибинного реформування. Україна була першою, що стала на шлях євроінтеграції, який передбачає декілька етапів та потребує тривалого часу.

Початок цьому процесу поклало визнання у 1991 році Європейським Співтовариством України як незалежної держави. Позиція України щодо Європейського Союзу була вперше сформульована в Основних напрямках зовнішньої політики України, схвалених Верховною Радою України 2 липня 1993 року: євроінтеграція є головним та незмінним зовнішньополітичним пріоритетом України.

У червні 1993 року на Копенгагенському саміті Європейської Ради було визнано право країн Центральної та Східної Європи вступати до Європейського Союзу після виконання ними вимог за певними кри-

теріями: стабільність установ, що гарантують демократію, верховенство права, забезпечення прав людини, повага і захист прав меншин, наявність ринкової економіки та спроможність витримати тиск конкуренції та ринкових умов у рамках Європейського Союзу, спроможність узяти на себе зобов'язання, що випливають із членства в Європейському Союзі, у тому числі визнання цілей політичного, економічного та валютного союзу.

У результаті проведення експертизи чинного на той час законодавства України Асамблея Ради Європи прийняла рішення про те, що подальші реформи можливі після вступу останньої до цієї організації. 1995 року Україна стала членом Ради Європи, взявши на себе низку зобов'язань, пов'язаних із проведенням конституційної, судової реформ, прийняттям нормативно-правових актів, серед яких: Конституція України, Кримінальний кодекс України, Цивільний кодекс України, Кримінально-процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України.

1998 року набула чинності Угода про партнерство і співробітництво¹ між Україною та Європейським Співтовариством, метою якої є: розвиток політичних стосунків шляхом постійного діалогу з політичних питань; сприяння торгівлі, інвестиціям та гармонійним економічним відносинам; забезпечення підґрунтя для взаємовигідного економічного, фінансового, науково-технічного й культурного співробітництва; підтримка України в її зусиллях зміцнювати демократію та повністю завершити перехід до ринкової економіки.

Виконання цих зобов'язань вимагало створення інституційних, нормативних та організаційних засад, які мали б наукове обґрунтування. Тому було здійснено низку заходів: створено Міжвідомчу координаційну раду з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (1998), Національну раду з питань адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (2000), Державну раду з питань європейської та євроатлантичної інтеграції (2003).

Нормативні засади цього процесу були сформульовані в таких правових актах: Стратегія інтеграції України до Європейського співтовариства (1998), у якій визначались головні напрями реформування правової системи України, які здебільшого збігалися із зобов'язаннями, взятими на себе Україною після вступу до Ради Європи. Зокрема, Україна зобов'язується: провести адаптацію українського законодавства до законо-

¹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

давства Європейського Союзу; здійснити економічну інтеграцію та сприяти розвитку торговельних відносин між Україною і Європейським Союзом у контексті загальноєвропейської безпеки; політичну консолідацію та зміцнення демократії, адаптацію соціальної політики України до стандартів Європейського Союзу, регіональну інтеграцію України, галузеву співпрацю, співробітництво в галузі охорони здоров'я¹.

Реалізація першого напрямку стратегії (адаптація законодавства України) передбачає реформування її правової системи та поступове приведення у відповідність із європейськими стандартами (забезпечення виконання всіх інших). Тому він є найважливішим і потребує глибокого осмислення, поступових і впевнених дій уповноважених державних органів. Такої впевненості можна досягти лише у випадку повного розуміння змісту процесу адаптації законодавства. З цією метою було розроблено й затверджено Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (1999), а у Програмі інтеграції України до Європейського Союзу (2000) були визначені пріоритети в різних сферах інтеграції України до Європейського Союзу і як один з напрямів – адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу. Крім того, це питання врегульовувалось: Указом Президента України «Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу»; законами України «Про Концепцію Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» (2002); «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» (2004).

У цих документах були сформульовані стратегічні завдання та визначені практичні заходи із забезпечення безпосередньої участі України в загальноєвропейському процесі та членства в європейських структурах.

Водночас процес реалізації зазначених угод, Стратегії, інших законодавчих актів виявив термінологічну неузгодженість, що негативно позначилося на їх реалізації. Введення нових термінів, словосполучень викликало потребу їх роз'яснення та уніфікації. *Інтеграція, адаптація, імплементація, апроксимація, наближення* – ось далеко не весь перелік термінів, які тривалий час (а деякі – й дотепер), не мають чіткого однозначного тлумачення у вітчизняній науці та практиці.

Як зазначалось, першочерговий захід підготовки членства в Європейському Союзі – прийняття та реалізація *acquis communautaire* – спільного доробку Євросоюзу, що передбачає *адаптацію* законодавства

¹ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

України до законодавства Європейського Співтовариства, що також включає принципи права, його цінності й культуру. Щодо адаптації, то, за Стратегією, – це реформування правової системи та її поступове приведення у відповідність із європейськими стандартами.

За загальнодержавними програмами 2003 та 2004 років адаптація законодавства – це процес приведення законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність із законодавством Європейського Союзу.

Відповідно до положень Концепції адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, адаптація визначається як процес зближення та поступового приведення законодавства України до законодавства Європейського Союзу.

Під українським законодавством розуміють систему нормативно-правових актів, законодавство Європейського Союзу – це *acquis communautaire* – спільний доробок Євросоюзу.

При цьому слід наголосити, що ключовим аспектом цих тлумачень адаптації є відповідність українського законодавства та європейського, а не їх ідентичність.

Отже, загальнотеоретичні основи адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу в Україні опрацьовані ще недостатньо. Проведено декілька наукових конференцій, опубліковано низку наукових статей, підготовлено та випущено декілька підручників¹. Саме для розробки організаційно-наукових засад адаптації законодавства України до законодавства ЄС було створено ряд інституцій, зокрема Українсько-європейський консультативний центр з питань законодавства, Центр європейського та порівняльного права при Міністерстві юстиції України та ін.

В аспекті концептуального підходу адаптація законодавства України до законодавства Європейського Союзу полягає у зближенні із сучасною європейською системою права, що забезпечить розвиток політичної, підприємницької, соціальної, культурної активності громадян України. Це стане передумовою економічного розвитку держави в рамках Європейського Союзу і сприятиме поступовому зростанню добробуту грома-

¹ *Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти)* / Л.А. Луць – К: Ін-т держави і права ім. В.М. Корсцького НАН України, 2003; *История и право Европейского Союза: Учеб. пособие* / Ю.Д. Ильин. – Харьков: КОНСУМ, 1998. – 156 с.; *Право Европейского Союза* / А. Татам. – К.: Абрис. – 1998; *Словник-довідник Європейського Союзу* / Ред. Ю. Марченко. – К.: К.І.С., 2001. – 152 с.; *Служити Європі: Популярно про установи Європейського Союзу* / Пер. з англ. – К.: К.І.С., 2000. – 40 с.

дян, приведенню його у відповідність із європейськими стандартами. Відповідно адаптація повинна охопити приватне, митне, трудове, фінансове, податкове законодавство, законодавство про інтелектуальну власність, охорону праці, охорону життя та здоров'я, навколишнє природне середовище, захист прав споживачів, технічні правила та стандарти, транспорт, а також інші галузі, визначені Угодою про партнерство та співробітництво.

Станом на 1 січня 2007 року фактично завершено виконання таких завдань першого етапу Програми, як переклад українською мовою актів *acquis communautaire* та проведення порівняльно-правових досліджень щодо визначення відповідності законодавства України *acquis communautaire* у пріоритетних сферах, визначених Угодою про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами.

На урядовому рівні функціонує механізм перевірки проектів законів та інших нормативно-правових актів на предмет їх відповідності *acquis communautaire*, що відповідає завданням, які стоять перед Україною на сучасному етапі адаптації.

Однак успіх реалізації цілей першого етапу Програми залежить від узгодженості дій Кабінету Міністрів України та Верховної Ради України у процесі прийняття законодавчих рішень. Підтвердженням підтримки Верховною Радою України ідей європейської інтеграції має стати визначення чіткого механізму співпраці між Комітетом з питань європейської інтеграції та Міністерством юстиції України у процесі прийняття рішень щодо законопроектів, які належать за предметом правового регулювання до сфер, правовідносини в яких регулюються правом Європейського Союзу¹.

Слід також наголосити на відсутності нормативного закріплення поняття «наближення» та «гармонізація» і в міжнародних правових актах.

З цього приводу О.Ю. Ковальова наголошує, що процес наближення означає: по-перше, вироблення спільного курсу правового розвитку; по-друге, здійснення заходів із визначення правових відмінностей; по-третє, застосування заходів з вироблення загальних, спільних або єдиних юридичних правил. Кожна з цих дій передбачає більш конкретні та послідовні дії, пов'язані між собою. При наближенні та гармонізації законодавства не обов'язково всі його позиції уніфікувати та приводити до повної єдності. Важливо якомога повніше виявляти розбіжності та особливості регулювання в конкретних системах права та враховувати їх

¹ [Електронный ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/0/news/9103>

у процесі застосування, у контактах із нормами законодавства інших держав¹.

Інтеграція правової системи України у Європейське Співтовариство об'єктивно викликала активізацію нормативно-договірного регулювання суспільних відносин. Як зазначалося, відповідно до ст. 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства.

Сьогодні в Україні чинними є 3723 міжнародні документи (конвенції, хартії, угоди, протоколи, меморандуми). Аналіз динаміки міжнародно-договірної правотворчості свідчить², що з 1991 по 1995 рік було укладено або ратифіковано 1633 міжнародні документи, з 1996 по 2000 рік – 582, з 2001 по 2005 рік – 711, за 2006–2007 – 122. Таким чином, саме початок розбудови незалежної України характеризується її підвищеною активністю на міжнародній арені. Для порівняння: у період з 1985 по 1989 рік було укладено та ратифіковано 390 міжнародних документів, – це у чотири рази менше, ніж за наступні п'ять років. Далі ця динаміка вирівнялась – щороку набувало чинності в середньому 350 міжнародних документів. З 1996 року прослідковується зниження міжнародно-договірної правотворчості.

Слід зауважити, що важливим чинником реформування правової системи України є участь України в конвенціях Ради Європи, які встановлюють спільні для цієї організації та Європейського Союзу стандарти, досягти яких можна лише шляхом суттєвого реформування правової системи України, що передбачає, насамперед, закріплення принципів верховенства права, плюралістичної демократії, забезпечення реалізації основних прав і свобод громадян.

Сьогодні Україна не виконала низку зобов'язань перед Радою Європи. Так, наприклад, якщо розглядати масив договорів у рамках Ради Європи, то загальна кількість конвенцій, угод, кодексів, протоколів Ради Європи, що стосуються прав і свобод людини, становить 173 документи. Україна приєдналась лише до 32 з них та підписала ще 10. Таке становище не можна визнати задовільним. З-поміж 12-ти конвенцій про захист прав людини Україна приєдналась лише до дев'яти; з п'яти конвенцій щодо запобігання нелюдському чи такому, що принижує людську гідність, поводженню або покаранню, – до двох; із групи конвенцій

¹ Ковальова Е.Ю. К вопросу о сближении и гармонизации законодательств // Юрист. – 2005. – № 5. – С. 132.

² [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/>

Європейської соціальної хартії – до жодної з п'яти (підписано дві); із групи конвенцій із соціальних питань – до жодної з 15-ти; із групи конвенцій щодо охорони здоров'я – до жодної з 18-ти; з групи конвенцій з питань освіти, культури і спорту – до однієї з 14-ти (підписана одна); з групи конвенцій із кримінального права – до дев'яти з 22-х (підписана одна), із групи конвенцій із загального права та захисту інформації – до двох із 8-ми; з групи конвенцій з біоетики – до жодної із двох¹.

Дієвість реформування правової системи України значною мірою залежить від урахування основних правових цінностей, напрацьованих людством. Зокрема, це впливає на ефективність входження України в європейський правовий простір. Водночас важливу роль у цих процесах відіграють європейські стандарти, приведення у відповідність з якими правової системи України впливатиме на ефективність її розвитку загалом та правового регулювання зокрема².

Утвердження загальнолюдських принципів як основоположних засад розвитку правової системи України відбувається: 1) на виконання Україною взятих на себе міжнародних зобов'язань (це стосується, зокрема, загальнолюдських принципів права, що зафіксовані в чинних для України міжнародних договорах та конкретизовані в загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права); 2) як певне запозичення (сприйняття) елементів передового світового (чи європейського) досвіду правового регулювання без будь-яких формально-юридичних підстав (так звана «гармонізація» законодавства); 3) у процесі адаптації законодавства України до законодавства міждержавних регіональних спільнот, зокрема Європейського Союзу (це стосується загальнолюдських принципів права, конкретизованих у загальних принципах права Європейського Союзу)³. У цьому напрямі Україною здійснено низку заходів. Зокрема, аналіз прийнятих Верховною Радою України законів України свідчить, що переважна більшість законів, які регулюють найважливіші суспільні відносини, містять окремі статті чи навіть глави, присвячені принципам (засадам), причому обидва терміни – «засади» та «принципи» – використовуються як синоніми.

Водночас, з одного боку, у законодавстві України задекларовані широкі права та свободи громадян, а з іншого – відсутня комплексна система заходів їх реалізації і захисту.

¹ Там само.

² Фулей Т.І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – С. 3.

³ Там само. – С. 17.

Поряд із включенням України у світові глобалізаційні процеси, для України є актуальним відродження багатовікових правових традицій, культури, що були штурхно знецінені у ХХ столітті. Це підтверджено на найвищому рівні – в Основному Законі України: держава сприяє консолідації і розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури (ст. 11 Конституції України).

У розвитку системи джерел права в умовах глобалізації найприйнятнішим є гармонійне поєднання національного та міжнародного. Часто українським законодавцем некритично використовується зарубіжний досвід. Наприклад, запозичення досвіду запровадження системи пропорційних виборів фактично призвело до обмеження прав громадян. Аде, за ст. 22 Конституції України, при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод громадян. Слушною стосовно цього є думка Ю.О. Тихомирова: існування «чужого акта» визначає потребу «свого» законодавства; інакше одна або групи норм «перекочовують» з однієї правової системи до іншої без урахування внутрішньосистемних зв'язків і в підсумку стають «чужорідними». Зростаюча популярність норм міжнародного права часто призводить до капітуляції норм національного законодавства та заміни їх загальновизнаними нормами¹.

Водночас зарубіжний досвід не є панацеєю «від усіх хвороб», але відкинути його було б недоцільно. Це могло б призвести до ізоляції національної правової системи. Отже, актуальною залишається проблема входження України до правової системи Європейського Співтовариства із збереженням національних особливостей правової системи і, зокрема, системи джерел права, її побудови, правового стилю та мови.

Що ж до правового звичаю як джерела права України, то в різні періоди її історії було неоднозначне ставлення. На сучасному етапі незаперечним є те, що державно-нормативне регулювання не охоплює всіх суспільних відносин і тому звичай зберігає своє значення в окремих галузях приватного й публічного права. Сьогодні Конституція України не закріпила правовий звичай як джерело права, але окремі акти законодавства містять такі норми. Зокрема, у ст. 7 Цивільного кодексу України зазначається, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Відповідно до ст. 11 Сімейного кодексу України, при вирішенні сімейного спору суд за заявою заінтересованої

¹ Тихомиров Ю.А. Проблемы сравнительного правоведения // Государство и право. – 1993. – № 8. – С. 43.

сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства.

Вироблення державної політики щодо національних меншин і корінних народів з метою збереження їх традиційних норм і способу життя, відпрацювання ефективних механізмів узгодження інтересів етнічних спільнот та розв'язання міжнаціональних спорів; забезпечення міжконфесійної стабільності та запобігання конфліктам на релігійній основі, недопущення протистояння різних церков, у тому числі щодо розподілу сфер впливу на території України, передбачає звернення саме до звичаїв, їх санкціонування та використання у правореалізаційному процесі.

Звичай відіграє важливу роль у формуванні конституційного законодавства. Створення парламенту, відкриття першого засідання парламенту, порядок голосування і деякі інші звичаї закріплені в Регламенті Верховної Ради України та інших законодавчих актах. У цьому випадку звичай виступає одним з чинників правотворчої діяльності.

Насамкінець зазначимо, що ефективність дії системи джерел права безпосередньо залежить від таких чинників: відповідність змісту політичним, економічним, соціальним потребам; стабільності системи джерел права та прогнозованості її розвитку; використання у правотворчому процесі узагальнень юридичної практики. Усе це зрештою визначає ступінь дотримання вимог, що містяться у джерелах права.

На нашу думку, подальше вдосконалення системи чинних нормативно-правових актів та системи джерел права загалом, визначення пріоритетних напрямів їх розвитку й забезпечення механізму реалізації вимагає розроблення Концепції розвитку системи джерел права України на найближчі роки та віддалену перспективу.

Ця Концепція має бути логічним продовженням Концепції розвитку законодавства України на 1997–2005 роки, яка була підготовлена Інститутом законодавства Верховної Ради України, але здебільшого так і залишилась не реалізованою.

Мета Концепції розвитку системи джерел права України полягає у визначенні основних чинників, що зумовлюють розвиток системи джерел права України на сучасному етапі; формулюванні пріоритетних напрямів розвитку джерел права України; сприянні створенню цілісної системи джерел права, обумовленої об'єктивними потребами соціально-економічного розвитку України; усуненні колізій, що існують у системі

нормативно-правових актів України на даному етапі її розвитку; підвищенні якісного рівня змісту нормативно-правових актів України на всіх етапах його створення: від законодавчої ініціативи до реалізації; з'ясуванні основних проблем та шляхів імплементації норм міжнародного права в законодавство України та його гармонізації із законодавством Європейського Союзу.

Офіційне затвердження цієї Концепції забезпечить реалізацію принципу системності правового регулювання, удосконалення системи чинних джерел права, її якісних і кількісних параметрів, а також значне поглиблення демократичного характеру процедури їх створення та застосування на практиці¹. Довготривале планування законопідготовчої діяльності дасть можливість: державним органам, що розробляють законопроект, та науковим закладам організувати у процесі законопідготовчих робіт порівняльні дослідження; забезпечити співробітництво суб'єктів правотворчості; посилити практичну орієнтацію юридичної науки, наблизити її до практики правотворчості; підвищити наукову об'рунтованість правотворчих рішень².

Таким чином, з 1991 року Україна здійснює низку глибоких перетворень, під'рунтям яких стало вдосконалення системи джерел права, що має на меті забезпечення: 1) стабільності всіх сфер суспільного життя; 2) створення в суспільстві гідних людини засад життя та діяльності; 3) гарантій прав і свобод людини та громадянина; 4) рівності правових можливостей та їх забезпечення; 5) підтримання режиму законності в суспільстві та подолання впливів правового нігілізму; 6) забезпечення ефективного функціонування системи стримувань і противаг у механізмі держави тощо.

¹ Тодика О.Ю. Народовласність в умовах глобалізації. – Х.: Право, 2005. – С. 56.

² Селіванов В.М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти. Монографія. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2002. – С. 21.

Післямова

В умовах плюралізму праворозуміння проблема визначення теоретико-методологічних засад джерел права набуває нового змісту. Аналіз вже існуючого наукового доробку, практики правотворення та правореалізації свідчить, що джерело права – складна правова категорія, що має багатоаспектний зміст. Її дослідження вимагає певних методологічних підходів, принципів, методів і прийомів.

Відомо, що об'єктивна істина досягається лише тоді, коли поняття і категорії представлені в певній системі, взаємопов'язані та становлять наукову теорію.

Визначення понятійного апарату теорії джерел права, насамперед, передбачає з'ясування поняття та ознак джерел права, що дає змогу проаналізувати їх юридичну природу, порядок їх внутрішньої організації та взаємовпливу, виявити їх нерозривну єдність із середовищем, у якому вони діють, їх вплив на суспільні відносини й розвиток державних інститутів.

Отримання знань про джерела права як категорію права передбачає з'ясування співвідношення категорій «правова форма», «форма права», «джерело права».

Правова форма – це, насамперед, юридична комплексна категорія, що опосередковує правом різні суспільні явища, які потребують регламентації, а також слугує каркасом усередині права, упорядковує і поєднує всі правові явища та право як таке. Поняття «форма права» розглядається як самостійне явище, що виражається зовні за допомогою певних конкретних засобів. На відміну від правової форми, форма права має юридичний зміст, інструментальний характер та асоціюється із джерелами права. Тому розкрити форму права – означає виявити структуру системи джерел права, визначити їх співвідношення і взаємозв'язок, роль та потенційні можливості кожного із джерел права в механізмі правового регулювання.

Категорія «джерело права» не може ототожнюватись із категорією «форма права», оскільки перше традиційне для позначення зовнішнього

вираження норм права, а друге – для характеристики всіх зовнішніх виявів права.

Отже, термін «джерело права» доцільніше використовувати для позначення не всієї правової дійсності, а лише її частини – нормативного матеріалу, що створює систему джерел права.

Поняття «джерело права» характеризується відповідно до змісту (суттєві ознаки джерел права) та обсягу (сукупність охоплених ним джерел права). На нашу думку, відповідно до способів внутрішньої організації правової матерії, а також форм її вираження, джерела права необхідно класифікувати на загальносоціальні (економіка, політика, соціальна структура суспільства, психологія (правосвідомість) тощо) та формально-юридичні або джерела права в юридичному розумінні.

З'ясування основних ознак джерел права у формально-юридичному розумінні дало можливість визначити його поняття. Джерело права – це зовнішня форма існування норм права у вигляді письмового документа (правового припису), виданого в межах повноважень суб'єктів правотворчості, згідно зі спеціальною процедурою, має юридичну силу та обов'язковість до виконання, відображає волю суб'єктів правотворчості та спрямоване на регулювання суспільних відносин.

Визначено критерії, відповідно до яких здійснено об'єднання джерел права у юридичному розумінні в групи за ієрархією (юридичною силою), способом прийняття, рівнем правового регулювання, предметом правового регулювання; належністю до певної правової сім'ї, характером змісту, способом оформлення і зовнішнього вияву, характером сприйняття, різновидом політичного режиму.

Сукупність джерел права характеризується низкою специфічних властивостей саме як багаторівнева, складна система, що має структурні, функціональні, генетичні та ієрархічні зв'язки між її елементами, які розташовані в певному порядку, що забезпечує її функціональну завершеність та визначає її місце у правовій системі. Система джерел права складається з багатьох різнорідних частин – підсистем джерел права – системи нормативно-правових актів, системи нормативно-правових договорів, системи правових прецедентів тощо, які взаємодіють завдяки системним зв'язкам. Складність системи джерел права полягає в тому, що її елементи об'єднуються як природним, так і штучним шляхом; як за об'єктивними, закономірними, так і за суб'єктивними, довільними моментами; як за якісними, так і за кількісними ознаками; як за змістовними, так і за формальними критеріями на підставі певних принципів: структурності, системності, ієрархічності.

Стійкі зв'язки, що виникають між джерелами права, створюючи єдине ціле, дозволяють їм здійснювати свої цілі та функції, створюють структуру системи джерел права (вертикальну і горизонтальну), тобто забезпечують її впорядкованість та спрямованість.

Окремим аспектом дослідження є вивчення сутності джерел права в контексті характеристики таких взаємопов'язаних категорій права: *система права* та *система джерел права*, що є підсистемами *правової системи*, за допомогою яких і на основі яких правова система здійснює свої функції, виконує свої завдання.

Встановлення правильного співвідношення між зазначеними категоріями є теоретичною та практичною проблемою, вирішення якої забезпечує підвищення ефективності правореалізації.

Функції джерел права, як складова теорії джерел права, є поняттям складним, збиральним. Її зміст полягає в єдності мети, завдань, призначенні в суспільстві та основних напрямках їх впливу на суспільні відносини. Критерієм ефективності джерел права є їх здатність впливати на державну політику в галузі економіки, політики, культури, забезпечення гармонійного розвитку громадянського суспільства. Функції відображають найбільш суттєві, головні риси джерел права, походять з їх природи та спрямовані на здійснення особливої ролі, що стоїть перед джерелами права як одним з елементів механізму правового регулювання; це потенційні, об'єктивні властивості джерел права бути регулятором і засобом управління суспільними відносинами, що обумовлені закономірностями їх розвитку та реалізуються за допомогою цілеспрямованого впливу на суспільні відносини.

Джерела права здійснюють нормативний, інформаційний, соціальний, виховний та ціннісно-орієнтаційний вплив на поведінку людей.

Розуміння юридичної природи джерел права та формулювання концептуальних засад теорії джерел права тісно пов'язано з проблемою визначення поняття, змісту права та форм його вияву зовні, яка в юридичній та філософській науці має тривалу історію.

За допомогою уявлень про право можна судити про природу й характер його джерел – і навпаки, на підставі специфічних особливостей тих чи інших форм або джерел права можна судити про природу й характер самого права.

Сьогодні в юридичній науці утвердилася тенденція, з одного боку, до множинності підходів до розуміння права, а з іншого – формування якісно нового підходу – інтегративного, який ґрунтується на поєднанні принципів, покладених в основу класичних підходів праворозуміння.

Отже, право має розглядатись як складне цілісне явище з його об'єктивно-суб'єктивною природою, критерій якості джерела права. Необхідно відкинути визначення права як результату виключно державної діяльності, отожднення його із законом, недооцінку природного характеру прав людини, погляд на державний примус як основний засіб забезпечення виконання норм права. Сучасний рівень праворозуміння ґрунтується на тому, що зміст права створює суспільство і тільки надання йому нормативної форми здійснює держава.

Поглиблення теорії джерел права здійснене також шляхом з'ясування основних напрямів інтеграції національних систем джерел права різних правових сімей, що відбувається в умовах конвергенції правових систем та світових глобалізаційних процесів.

Це дало змогу визначити напрями розвитку системи джерел права України на сучасному етапі. В даному контексті слід зазначити, що здійснення інтеграції правових систем вимагає науковооб'рунтованого, критичного підходу до досвіду правотворчості окремих країн, адже процес інтеграції повинен мати певні межі задля збереження національної самобутності. Тому системи джерел права країн різних правових сімей мають розвиватись переважно в силу власних потенційних можливостей, виражати демократичні засади, сприяти розвитку демократичних інституцій. Пряме запозичення норм без урахування національних особливостей не сприяє прогресивному розвитку системи джерел права і правової системи загалом.

Отже, концептуальні засади теорії джерел права відображають досліджуваний предмет – джерела права, що пов'язані з такими поняттями як: правова форма, форма права, правова система, система права, яка співвідноситься із системою джерел права, що має свій поняттєво-категоріальний апарат та згідно класифікації розгортається в ряд: нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір, правовий прецедент, правовий звичай, правова доктрина, загальні принципи права. Крім того, зміст теорії джерел права утворюють знання отримані в результаті визначення методології дослідження джерел права, аналізу джерел права у світлі концепцій праворозуміння та з'ясування функцій джерел права.

Наукове видання

Пархоменко Наталія Миколаївна

**ДЖЕРЕЛА ПРАВА:
ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА МЕТОДОЛОГІЇ**

Монографія

Редактор *Д.П. Пилипчук*
Художнє оформлення *В.С. Жиборовського*
Верстка *Г.П. Кондрашина*

Підп. до друку 06.06.2008. Формат 60 × 84/16.
Папір офсетний. Друк офсетний.
Обл.-вид. арк. 18,62. Ум. друк. арк. 19,6. Наклад 500 прим.

ТОВ «Видавництво „Юридична думка”».
Україна, 01103, м. Київ, вул. Кіквідзе, 18-в.
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру
видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
серія ДК № 1742 від 06.04.2004 р.

Віддруковано у видавництві «Логос»,
Україна, 01030, м. Київ, вул. Богдана Хмельницького, 10.