



**Література**

1. Селье Г. *От мечты к открытию* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://bibliotekar.ru/otkrytiya2/55.htm>.
2. Чебанов С.В. *Курс лекций: Введение в теорию классификации* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rpri.ru/arshinov/materials/4ebanov/n2.html>.
3. Мейен С.В., Шрейдер Ю.А. *Методологические аспекты теории классификации* // *Вопросы философии*. – 1976. – № 12. – С. 67–79.
4. Соломоник А. *Синтаксис в знаковых системах (с приложением дополненного словаря семиотических терминов)*. Изд. 2-е. – М. : Издательство ЛКИ, 2011. – 288 с.
5. Субботин А.Л. *Классификация*. – М., 2001. – 94 с.
6. Давид Р., Жоффре-Спинози К. *Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова*. – М. : *Международ. отношения*, 1999. – 400 с.
7. Цвайгерт К., Кётц Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. – Том 1. Основы: Пер. с нем.* – М. : *Международ. отношения*, 2000. – 480 с.
8. Соломоник А. *Позитивная семиотика: О знаках, знаковых системах и семиотической деятельности* / Под ред. Г.Е. Крейдлина. Изд. 2-е. – М. : *Издательство ЛКИ*, 2011. – 192 с.

УДК 340.342

**Л. Корчевна,**

доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри конституційного права та правосуддя  
Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

**ПРОБЛЕМА РІЗНОДЖЕРЕЛЬНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ**

У сучасному національному правознавстві відсутнє опрацювання проблеми різноджерельного права на підґрунті природного права. Водночас конституційне визнання природного права основою української правової системи (ст. ст. 3, 21) створює сприятливі можливості для такого опрацювання. Українські теоретики права й компаративісти віддають перевагу позитивному праву з його принципами законності, порядку й безпеки. Історія й сучасний стан європейського й східноазійського права засвідчують, що природно-правові норми зовні виявляють себе в таких джерелах або формах права недержавного походження, як звичаї, договори, правові доктрини, судові рішення (прецеденти). Закон держави має смисл лише в єдності з ними. Мовою філософії можна сказати й так: субстанційною сутністю права є справедливість; модифікацією цієї сутності є звичаї, договори, правові принципи, судові рішення. Інакше кажучи, згідно з природним правом людина наділена юрисдикцією від природи, вона є приватним законодавцем [1, с. 95, 97; 2, с. 7].

Для різноджерельного недержавного права ключовими є два моменти. По-перше, норми цього права виникають із реальної практики людських стосунків. Творцями,

скажімо, звичаю чи договору є самі учасники цих стосунків, а не зовнішнє для них джерело – воля державного законодавця. Тобто учасники звичаю чи сторони договору самі встановлюють (усно чи письмово) обов'язкові для себе норми. У разі виникнення суперечки суд керується нормами цього звичаєвого чи договірнього права. По-друге, норми недержавного різноджерельного права за своїм походженням є демократичнішими, ніж законодавче право, адже створюються самими учасниками реальних життєвих стосунків.

Чи узгоджується конституційне визнання природного права в Україні з сучасними тенденціями в західному праві? Аналіз західної компаративної літератури з теорії та практики права засвідчує, що так.

На думку Ж.-Л. Бержеля, ототожнення права з однією лише волею держави, незалежно від всіх глибоких мотивів цієї ідеї, здебільшого неточне й надзвичайно небезпечне. Французький правник зазначає: «Віднині більше не йдеться просто про право, яке запроваджується законодавцем, а про компроміс між цим правом і тим, що розглядається як справедливе чи розумне [3, с. 514–515]. І далі: «Сучасні концепції права, сформульовані після Другої світової

війни <...> характерні відродженням тенденцій, близьких теорії природного права. Не існує такого юридичного устрою, який би віддавав перевагу виключно одному із джерел права й нехтував всіма іншими, але існують системи, де одне із джерел переважає над іншими. Право створюється тільки в процесі своєї реалізації. Закон, звичай, судова практика (прецедент) і тлумачення закону – все сприяє такій реалізації, хоча й по-своєму. Взаємовплив і взаємодоповнення правових джерел за всієї їхньої різноманітності пояснюється їхньою певною природою й функціональною спорідненістю» [3, с. 456].

Суттєво, що юридичний позитивізм байдужий до змісту права й визначав його лише за формальними ознаками: писаний характер правил, воля держави, примус держави. У цих ознаках вбачають природу самого права. Основним джерелом права і його основною формою постає законодавство. За такого підходу, очевидного в юридичному позитивізмі, затушовується відмінність між правом і свавіллям публічної влади («будь-який зміст є правом»). Отже, момент влади недостатній для визначення права, бо неминує виникає питання: на чому ґрунтується зобов'язуюча сила державних наказів? Обґрунтування ж – справа філософська. Будь-яка теорія, яка опрацьовує питання про основи позитивного права, є природно-правовою теорією.

На думку німецьких компаративістів К. Цвайгерта та Х. Кьотца, вивчення лише національного позитивного матеріалу обмежує уявлення про всю повноту й різноманіття можливостей, якими володіє юрист для вирішення майже будь-якої правової проблеми. У юристів-позитивістів не розвивається відчуття власної відповідальності, критичний підхід до права. Позитивістська школа готувала висококласних фахівців із юридичної техніки, однак не здатних до самостійного мислення. Духовна злиденність привела юристів-позитивістів до співпраці з націоналістами. Не володіючи високими духовними цінностями, вони нічого не змогли протиставити націонал-соціалізму [4, с. 38-39].

К. Цвайгерт і Х. Кьотц наголошують, що в Європі відбувається поступове послаблення непорушної віри в примат закону, розуміння можливості уявлення про те, що прийняття рішення – лише технічна й автоматична операція. Навпаки, у законі бачать все більшою мірою лише вираження загальних принципів, які дають великий простір для тлумачення, і внаслідок цього постійна судова практика стає самостійним джерелом права (у формі судових рішень). «Абсолютне переважання на континенті права, ґрун-

тованого на законі, залишилося в минулому. У практиці судів континентальної Європи поступово здобуває визнання судове право й пов'язаний із ним орієнтований на конкретні прецеденти стиль юридичного мислення» [4, с. 11]. Обстоюючи різноджерельне право, К. Цвайгерт і Х. Кьотц наголошують, що зашкарубла доктрина правових джерел, яка має місце в позитивістській теорії права, більше не відповідає сучасним методам здійснення правосуддя [4, с. 394–395].

Ідею природного, чи різноджерельного, права обстоює й французький компаративіст Р. Давід. На його думку, нині в теорії й на практиці все більш відверто визнають, що абсолютний суверенітет закону в країнах романо-германської правової сім'ї є фікцією й що поряд із законом існують і інші, значні джерела права [5, с. 104]. Змішувати право й закон та бачити в законі виключне джерело права означає суперечити всій романо-германській традиції. Нині, за Р. Давідом, юридичний позитивізм відступає, і можна вважати, що криза, викликана європейськими кодифікаціями XIX і XX століть, мала тимчасовий характер. Відродження ідеї природного права, яке спостерігається в наш час, є насправді відродженням ідеї єдиного права, оновленням свідомості того, що право не варто розуміти як дещо ідентичне закону. Юристи Заходу виступили проти позитивізму, який бачить у праві вираження волі законодавця, вищого тлумача справедливості, щоб відродити традиційну ідею про тісний зв'язок між правом і справедливістю, вважали за необхідне звільнитися від встановленого в XIX столітті зв'язку між державою й правом [5, с. 77, 81–82].

До сказаного варто додати, що спільними темами всіх природно-правових вчень є такі: метафізика права, реальність ідеї чи духу права, тотожність права з ідеєю трансцендентної справедливості. І навпаки, спільними темами всіх позитивно-правових вчень є такі: заперечення будь-якої метафізики права, заперечення будь-якої трансцендентної справедливості, заперечення будь-якої ідеї природного права, пізнається тільки позитивна реальність. Сьогодні, не дивлячись на конституційне визнання природного права в Україні, проблеми метафізики права, реальності ідеї чи духу права, тотожності права з ідеєю трансцендентної справедливості перебувають поза увагою теоретиків права.

Отже, якщо ми бажаємо опрацьовувати проблему різноджерельного права в сучасній Україні на рівні європейських і світових вимог, то мусимо орієнтуватися на принцип універсалізму науки права й основний закон компаративістики. У світовій компаративістиці під універсалізмом науки



права розуміють спільні ознаки, які властиві праву різних країн. Те, що спільне всьому є принципом або закономірністю [4, с. 11; 5, с. 16–17]. Формула основного закону компаративістики така: одні й ті ж юридичні проблеми однаково чи здебільшого однаково вирішуються в усіх розвинених правових системах світу. Йдеться про «презумпцію ідентичності» [4, с. 58–59]. «Вивчення порівняльного правознавства вказує, всупереч позитивізму, догматизму й обмеженому націоналізму, на всеохопну цінність права й універсальність правової науки, допомагає подолати вузьку спеціалізацію за допомогою більш широких категорій ефективного узагальнюючого правового мислення, яке озброює критичний розум широким «набором рішень», у яких сконцентрований досвід всього світу» [4, с. 36].

З основного закону компаративістики постає, що стати державою, скажімо, романо-германської правової сім'ї насамперед означає привести національне вчення про право у відповідність до принципів романо-германського праворозуміння, правоутворення й правореалізації. Важливо дійти згоди про право на рівні принципів (доктрини, концепції), що не виключає різноманітних національних засобів досягнення єдиної мети й неповторної юридичної емпірії, як в історії, так і нині.

У різноджерельному праві першочерговою є проблема гетерогенності, компліментарності й ієрархії джерел права.

Стосовно поширення звичаєвого права в сучасній Україні, то тут слід звернути увагу на входження нашої держави до Світової організації торгівлі. Щодо слід знову наголосити, що в наші дні нормами звичаєвого права врегульоване все торгівельне право, включаючи морське. Торгівельні звичаї були сформовані в середні віки й були прийняті всією Європою, потім рецептовані країнами Близького й Далекого Сходу, які приєдналися до романо-германської правової сім'ї.

Нормами звичаєвого права врегульовані й ділові стосунки у сфері бізнесу. Ці звичаї є традиційними нормами ділової етики. До них можна віднести *bona fides*, *boni mores*, *aeguitas*, норму-заборону зловживати правом, норму «обман знищує всі юридичні наслідки». Найважливішими із звичаєвих норм є ті, які говорять про «втрату доброго імені» чи доброї ділової репутації й «безчестя». Ці норми були нормами-принципами давньоримського права. «Загальні умови» здійснення ділових операцій замінюють багато норм позитивного й судового права. Сюди ж входять неписані правила торгівельних звичаїв, згідно з якими за мовчазною взаємною згодою учасники відмовляються

від використання повноважень, які їм надає закон [4, с. 56–57; 7, с. 283–284].

Стосовно договірного права, то тут варто наголосити, що європейська кодифікація не створила нових основ приватного права. Приватне право залишилося римським. Із цього приводу особливої уваги заслуговують реальні й концесуальні договори, що склали групу не за формою (довільно) укладених контрактів. Ці договори мали повну силу закону на підставі однієї лише згоди. Держава мала поважати волю правоустановчих сторін у договорі.

Отже, римське договірне право, що стосується реальних і концесуальних договорів, було правом недержавного походження. Природу походження цих договорів необхідно шукати в здійсненні правосуддя преторами. Преторське право ґрунтувалось на такій формулі: *bona fides* (добра воля). Ця формула зробилася ефективним методом формування права поряд із формуванням цивільного права, а отже, і вдосконалення цивільного права. Претори поставали законодавцями. Надання їм повноважень для формування права поряд із формуванням цивільного права відіграло важливу роль і у створенні особливого правового джерела – джерела формування так званого закону честі чи закону професійного обов'язку. Базовими нормами в західному праві є правила преторіанського типу. За преторіанської системи права статус закону надається основним принципам права, на основі стає можливою суддівська правотворчість. Суди на м'сяцях мусять дотримуватись преторіанських правил.

Щодо поширення в Україні доктринального права, то тут знов-таки слід виходити з конституційного визнання природного права основою української правової системи (ст. ст. 3, 21). Окрім того, необхідно згадувати, що впродовж тривалого часу доктрина була основним джерелом права в романо-германській правовій сім'ї; саме в європейських університетах були головним чином вироблені в період XIII – XVIII століть основні принципи права. Це був час панування доктрини природного права, згідно з якою право вважалось «природним устроєм», незалежним від держави й вищим щодо неї.

Норма, вироблена правовою доктриною, є нормою-принципом. Філософи принципами називаються системи положень директивного характеру, яким підпорядковуються всі наступні процедури. Принцип постає як узагальнення, бо він передбачає безмежну низку застосувань. Якщо зрозуміти принципи, то можна зрозуміти й одиничні конкретні речі, які у своїй сукупності й позначаються цими принципами.



Варто зауважити, що в більшості сучасних правових систем все частіше спостерігаються випадки втручання публічної влади в усі сфери правової реальності. Здійснюється це в руслі загальної тенденції, орієнтованої на посилення дирижизму, а приводить до збільшення числа юридичних текстів, все більш витончених і все більш технічних. Кропітка регламентація (за всієї її розвиненості) не в змозі передбачити всього, тоді як загальні принципи можуть увібрати в себе велику кількість нових і непередбачених ситуацій. Така регламентація веде до юридичних порожнеч чи, навпаки, до суперечностей між текстами, яких стає занадто багато, і вони нашаровуються одне на одного. Для надолуження прогалин, що виникають, і подолання суперечностей, а також для того, щоб бути у всеозброєнні перед лицем нових ситуацій, необхідно частіше, ніж коли-небудь, звертатися до основних принципів та концептів.

Загальні принципи виражають право, первісне стосовно конституції. Таким первісним правом є природне право. Фундаментальні принципи природного права, якими є свобода, власність і справедливість, є надконституційними принципами. Вони складають основу інститутів приватного й політичного життя громадян у демократичних країнах. Авторитет окремих фундаментальних принципів, закріплених і захищених міжнародними угодами, наприклад Європейською Конвенцією з прав людини чи договорами Європейського Союзу, надає їм характеру принципів наднаціонального рівня, які не мусять ігноруватися установчими органами країн, які підписали ці домовленості. Європейський суд із прав людини недвозначно визнає, що право, що діє в межах Європейського Союзу, має перевагу над конституціями держав, які охоплюються ним [3, с. 180].

Суд ЄС проголосив, що «...повага до фундаментальних прав є складовою частиною загальних принципів права, дотримання яких гарантує Суд Європи». До цих же принципів вдаються судові органи на місцях, подібно до Верховного суду Сполучених Штатів Америки; суди Німеччини, Італії, Бельгії та інших визнали важливість загальних принципів. Суттєво, що загальні принципи права можуть існувати й застосовуватися навіть за умов відсутності текстів. Ці принципи визначають діяльність судової влади, яка вилучає їх із закону чи із звичаю за допомогою тлумачення. Завдання інтерпретатора полягає в тому, щоб виокремити принципи, на яких ґрунтуються юридичні правила й забезпечити їх розуміння, застосування та розвиток. Загальні принципи –

це правила, які служать ідейною основою для права.

Можемо стверджувати, що існує єдиний корпус неписаних принципів, які керують водночас усіма сферами права. Але й без цього ми в змозі говорити, що саме на рівні загальних принципів права різні сфери юридичного устрою й різні юридичні системи виявляють свою єдність. Тому такі загальні принципи слід вважати правостворюючими принципами [3, с. 170].

Загальні принципи відіграють важливу роль в інтерпретації закону. Судді спираються на них, коли необхідно визначити смисл неясних чи двозначних текстів. Якщо під час аналізу деякого правила виявляється його невідповідність принципу, суд мусить дати чітку інтерпретацію такого правила. Але роль загальних принципів є ще більш значною, коли йдеться про доповнення юридичних порожнеч. Стаття 4 Цивільного кодексу Франції приписує судовим органам під страхом відмови в правосудді виносити вироки в юридичних справах, які їм подані на розгляд. У випадку, коли закон мовчить або не досить чітко висловлюється щодо конкретного питання, суд мусить знаходити рішення у світлі загальних принципів. А якщо загальні принципи вже закріплені в законах і застосовуються в судовій практиці, тоді вони сукупно з винесеними судовими рішеннями служать основою іншим юридичним конструкціям і беруть участь у створенні нових юридичних правил, тобто в еволюції юридичної системи.

Зі сказаного постає, що норми-принципи можуть виражатися, а можуть і не виражатися в нормах позитивного права, але обов'язково застосовуються в судовій практиці й мають загальний характер. Принципи панують над позитивним правом, тоді як юридичні правила є лише окремими випадками їх застосування чи винятками. Дія загальних принципів поширюється на всі сфери й галузі права. Юридичні правила мусять узгоджуватися із загальними принципами [3, с. 169–170].

Отже, висвітлюючи проблему доктринального права, ми тим самим аналізували вже й проблему судового права.

У романо-германській сім'ї правотворча роль судової практики здійснюється за двома напрямками. По-перше, правом створювати обов'язкові прецеденти, яким наділені верховні суди країн романо-германської правової сім'ї («вертикальна юрисдикція прецедентів»). По-друге, дискреційні повноваження суддів посиляться або не посиляться на рішення суддів нижчих судів («паралельна юрисдикція прецедентів»). Спільною рисою обох напрямків є преторіанський принцип



правосуддя. Особливістю другого напрямку юрисдикції прецедентів є дискреційні повноваження суддів.

Ми вже зауважували, що в сучасному національному правознавстві відсутнє опрацювання проблеми різноджерельного права на підґрунті природного, зокрема преторіанського права, тоді як конституційне визнання природного права основою української правової системи створює сприятливі можливості для такого опрацювання. Щодо судового права, то зазначається, що хоча рішення, ухвалені судами іменем України, обов'язкові до виконання на всій території України, однак вони не мають сили закону й не можуть визнаватися такою ж досконалою формою права, як закон [8, с. 26].

Вирішення проблеми різноджерельної природи права дозволяє відповісти на фундаментальне питання правознавства: чи в змозі право існувати поза зв'язком із державою? Так, у змозі. Державний правопорядок є вузьким колом, вписаним в більш об'ємне коло права. Іншими словами, держава є видовим поняттям, а право – родовим, що призводить до визнання плюралізму позадержавних правопорядків. Звичай, договір, правова доктрина, судова практика є виявом творчої й свідомої ініціативи їхніх творців. Позитивізм, навпаки, обмежив кількість джерел права примусовим законодавством держави, якому інші джерела, передусім звичай, прецедент і справедливість, підпорядковані або злиті з ним.

Успішне розв'язання проблеми різноджерельного права в сучасній Україні потребує насамперед осмислення усталених кореляцій європейського політико-правового досвіду й виявлення міри узгодженості з ними сучасного українського права. Якщо ми бажаємо опрацьовувати проблему українського різноджерельного права на рівні європейських і світових вимог, то мусимо орієнтуватися на принцип універсалізму науки права й основний закон компаративістики.

Стати державою романо-германської правової сім'ї означає привести національне вчення про право у відповідність до принципів романо-германського праворозуміння, правоутворення й правореалізації. Такими є вимоги основного закону компаративістики, згідно з яким одні й ті ж юридичні проблеми однаково чи здебільшого однаково вирішуються в усіх розвинених правоустроях світу.

**Ключові слова:** різноджерельність права, юридичний позитивізм, природно-правова теорія права, звичаєве право, договірне право, статусне право, судове право, доктринальне право.

*У статті на основі аналізу різноджерельного українського права зроблено переосмислення основних правових понять. Відстоюється позиція щодо неможливості повернення етатизму держави й забезпечення громадянської свободи. Аналізуються основні види джерел права та їхня роль у становленні правової системи України на сучасному етапі.*

*В статті на основі аналізу різних джерел українського права осмислюється переосмислення основних правових понять. Отстаивается позиция о невозможности возврата етатизма государства и обеспечения гражданской свободы. Анализируются основные виды источников права и их роль в становлении правовой системы современной Украины.*

*On the basis of analysis of the different sources of Ukrainian law carried a rethinking of basic legal concepts. Defended the position of the impossibility of return of status state and civil liberties. Analyzes the main types of sources of law and their role in the development of the legal system of modern Ukraine.*

#### Література

1. Кант И. *Метафізика нравов в двух частях* / И. Кант. – СПб, 1995. – Ч. 1 : *Метафізические начала учения о праве.* – 1995. – 528 с.
2. Петрова Л. *До оновленого право світогляду (роздуми над книгою проф. В. Селіванова)* / Л. Петрова // *Юридичний вісник України.* – К., 2002. – № 41.
3. Бержель Ж.-Л. *Общая теория права* / Ж.-Л. Бержель. – пер. с фр. – М. : *Издательский дом Nota bene*, 2000. – 576 с.
4. Цвайгерт К. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2-х т.* / К. Цвайгерт, Х. Кетц. – М. : *Международные отношения*, 2000. – Т. 1 : *Основы.* – 480 с.
5. Давид Р. *Основные правовые системы современности* / Р. Давид, К. Жоффе-Спинози. – М. : *Международные отношения*, 1996. – 400 с.
6. Берман Г. *Западная традиция права* / Г. Берман. – М. : *Изд-во МГУ*, 1998. – 624 с.
7. Ллойд Д. *Идея права* / Д. Ллойд. – М. : *Югона*, 2002. – 322 с.
8. Скакун О. *Конституційний суд як учасник правотворчості (законотворчості) в Україні* / О. Скакун // *Юридична Україна.* – 2003. – № 1. – С. 26–32.

