

**КОТУШЕНКО А. М.,**  
здобувач  
Інституту післядипломної освіти  
(Київський національний університет  
імені Тараса Шевченка)

УДК 340.5

**ПОНЯТТЯ «ДЖЕРЕЛО ПРАВА» В РОМАНО-ГЕРМАНСЬКІЙ  
ТА АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКІЙ ПРАВОВІЙ ТРАДИЦІЇ:  
ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

Розглянуто та проаналізовано розуміння категорії «джерело права» у романо-германській та англо-американській правовій традиції. Визначено спільні та відмінні риси. Акцентовано увагу на позиціях сучасних науковців-компаративістів, які досліджували дану проблематику.

*Ключові слова:* джерело права, правова система, порівняльне правознавство.

Рассмотрено и проанализировано сущность категории «источник права» в романо-германской и англо-американской правовой традиции. Определены общие и отличительные черты. Акцентировано внимание на взглядах современных ученых-компаративистов, которые исследовали данную проблематику.

*Ключевые слова:* источник права, правовая система, сравнительное правоведение.

It has been analyzed and considered the understanding of “source of law” in Roman-Germanic and Anglo-American legal tradition. Defined common features. Emphasis is on positions of contemporary scholars and comparatives who studied this issue.

*Key words:* source of law, legal system, comparative law.

**Вступ.** Термінологічне визначення категорії «джерело права» є актуальним не лише для теорії права, а й для порівняльного правознавства, адже дана теоретико-правова одиниця постійно використовується вченими-компаративістами для розкриття сутності правових систем світу. Відтак, метою статті є ілюстрація поглядів учених на дану проблему для з'ясування поняття «джерело права», встановлення відмінних особливостей у романо-германській та англо-американській правовій традиції.

**Постановка завдання.** Історіографічна література рясніє низкою монографій, підручників, статей та публікацій, що присвячені порівняльному праву. Компаративістикою цікавляться як вітчизняні, так і зарубіжні дослідники, зокрема І. Антонов, Х. Бехрузь, Ю. Бисага, Ч. Варга, Р. Давід, Д. Лук'янов, Л. Луць, М. Марченко, П. Погребняк, Дж. Салмонд, А. Сухарев, В. Ткаченко, Ю. Тіхоміров. Однак учені, акцентуючи увагу на класифікації видів джерел права кожної правової сім'ї, не завжди приділяють увагу термінологічному визначенню та розумінню самої категорії «джерело права».

Для всебічного вирішення даного питання необхідно з'ясувати поняття «правова традиція». Так, за визначенням угорського вченого Ч. Варги, правову традицію в якості поняття можна глумачити виключно в межах правової культури, адже традиція – це усвідомлення успадкованого модусу, що виконує роль джерела, натхнення для ідентифікації спільноти; вона демонструє правову тяглість, однорідність у межах однієї системи [1, с. 10].

**Результати дослідження.** Незважаючи на те, що романо-германському праву притаманна усталена система джерел права [2, с. 291], все ж не існує єдиного підходу до визначення категорії «джерело права». Така ситуація є цілком очевидною та пояснюється декількома причинами:



по-перше, множинністю правових систем, що становлять дану правову сім'ю, кожна з яких має власні особливі риси, обумовлені історичними, національними традиціями, особливостями правової культури та іншими факторами; по-друге, означене питання є надзвичайно складним та дискусійним і не містить єдиного підходу до розуміння навіть у середині окремої національної правової системи [3, с. 84].

Уперше поняття «джерело права» ввів до наукового обігу Т. Лівій, назвавши «Законо XII таблиць» джерелом публічного і приватного права. На думку радянського дослідника І. Новицького, Т. Лівій, уживаючи термін «джерело права», мав на увазі джерело його пізнання [4]. За припущенням В. Ткаченка, Т. Лівій застосував метафорний підхід: «Так як римські святі води є джерелом, що живить всю землю, так і «Законо XII таблиць» є джерелом права, що «живить» правовідносини» [3, с. 85].

Проблематика розуміння «джерела права» порушувалася ще в дореволюційну добу. Зокрема В. Хвостов під джерелом права розумів ті форми, в яких виникають та отримують загальнообов'язкову силу юридичні норми. На думку вченого, таких форм існує дві: закон та звичай. «Джерело права дає уявлення про те, як норми права виникають та набувають обов'язкової сили», – писав науковець [5, с. 85].

Більш ґрунтовно над змістом категорії «джерело права» працював ще один дореволюційний дослідник Г. Шершеневич. У першому томі «Загальної теорії права» знаходимо детальне вивчення означеної проблеми. Так, на думку вченого, «джерело права» має декілька значень: сила, що творить право (воля Бога, воля народу, державна влада, правосвідомість); матеріали, які покладені в основу того чи іншого законодавства (римське право); історичні пам'ятки, що раніше були діючим правом (Руська Правда); засоби пізнання діючого права. Таке різноманіття значень, на думку Г. Шершеневича, викликає необхідність обійти його та замінити іншим поняттям – «форма права», під яким слід розуміти різні види права [6].

Наведену вище позицію підтримали й окремі теоретики радянської доби, серед яких О. Шибанов. Науковець запропонував замінити «джерело права» на категорію «форма права», під якою розумів форми вираження нормативної державної волі панівного класу. «Законо та інші нормативні документи є формами вираження права, відтак вони не можуть бути джерелом свого змісту», – писав дослідник [7, с. 42].

Спроби відмовитися від «джерела права» були присутні й на українських теренах. Дискусійні питання щодо змісту та значення даної категорії Л. Князькова, В. Субботін, І. Тодоров, О. Філонов назвали «термінологічним непорозумінням» і запропонували замінити категорію «джерело права» на категорію «форма права» [8, с. 162]. Солідаризуючись із попередніми науковцями, сучасний український теоретик В. Котюк писав про багатогранність «джерела права» та про доцільність використання терміна «форма права» [9, с. 35].

Однак таке змістове наповнення не всім видалося переконливим та обґрунтованим. Вивчаючи правові системи світу, один із найвизначніших вчених-компаративістів Р. Давід наголосив на важливості категорії «джерело права» для всього суспільного устрою, неприпустимості відмови та на необхідності використання в межах правового поля [10, с. 158].

Проблемам визначення поняття «джерело права» в романо-германській правовій традиції завжди приділялася значна увага, адже дана правова сім'я вирізняється своєю доктринальністю та концептуальністю [11, с. 451]. Так, на думку французького вченого Ж. Бержеля, під «джерелом права» слід розуміти змістовні та сутнісні формальні джерела. До перших належать сили, що творять право, релігійні, моральні, філософські, соціальні, ідеологічні та політичні принципи, які покладені в основу правових норм та обумовлюють їх зміст. До формальних джерел належать способи формування правових норм, тобто прийоми та акти, за допомогою яких правила стають складовою частиною позитивного права і набувають статусу норм права [12, с. 97-98].

Говорячи про визначення змісту категорії «джерело права» в романо-германській правовій системі, М. Марченко зацентрував увагу на наступних типових особливостях. По-перше, у країнах даної правової системи «джерело права» визначається не в одному окремо взятому аспекті, а з



різних взаємопов'язаних між собою сторін у сукупності (історичних, соціологічних, філософських). По-друге, незважаючи на різноманіття підходів до визначення поняття «джерело права», в романо-германській правовій сім'ї традиційно домінує формально-юридичний підхід. По-третє, володіючи власною перевагою, означений підхід ніколи не абсолютизувався. По-четверте, серед джерел права у формально-юридичному значенні провідна роль незмінно належить законіві [11, с. 451-458]. «Законодавство є першоджерелом у країнах романо-германської правової сім'ї, – писав французький компаративіст Р. Давід, – інші джерела права посідають другорядне, менш значуще місце на противагу закону» [10, с. 74-75].

І. Антонов, досліджуючи джерела права німецької правової системи, вивів їх дефініцію через праворозуміння. «Право має своє джерело – це суспільні відносини, потреба регулювання яких виникає у процесі розвитку суспільства, – писав науковець, – тому для визначення можливого способу поведінки необхідно встановити загальнообов'язкове правило, яке, набуваючи форми загальності, стає законом або джерелом права» [13, с. 451-458].

Вивчаючи джерела права романо-германської правової сім'ї, К. Осаке поділив їх на нормативні, що мають загальнообов'язкову силу в державі, та ненормативні, джерела необов'язкового характеру [14, с. 85]. Своєю чергою Л. Луць, посилаючись на французьких компаративістів, виділила первинні і другорядні джерела романо-германського права. До першої групи джерел зарахувала нормативні акти і звичаї, до другої – судовий прецедент і доктрину. Останні назвала «джерелом закону в рамках закону» [15, с. 80].

На українських теренах, що входять до складу романо-германської правової сім'ї, «джерелу права» надають декількох значень: по-перше, джерело виникнення права як соціального явища, тобто правотворююча сила; по-друге, пам'ятки історії, літератури, звичаї, що застосовувалися в певні історичні періоди як діюче право; по-третє, нормотворча діяльність органів державної влади; по-четверте, матеріали, що лягли в основу того чи іншого законодавчого акта, та способи зовнішнього вираження права [16, с. 178]. На думку вчених, наведене розуміння джерела права є найбільш правильним, адже лише в такий спосіб можна врахувати всі властивості слова «джерело», в тому числі й лінгвістичні [16, с. 179].

Дослідники англо-американської правової системи, аналізуючи категорію «джерело права», теж підкреслювали її важливість. Так, англійський вчений Дж. Салмонд поділив джерела права на матеріальні та формальні. «До останніх належить те, що надає правовим нормам і правилам загальнообов'язкової сили, а матеріальні джерела – це те, звідки походить зміст норми права», – писав науковець [17 с. 99]. За його теорією, формальним джерелом є єдине – воля і сила держави, а матеріальних джерел існує значна кількість, які загалом можна поділити на два види: ті, що визнані самим законом (правові юридичні джерела), та ті, що позбавлені юридичного визнання (історичні джерела). «Правові юридичні джерела є єдиними воротами, через які нові принципи можуть знайти вхід до закону, – продовжував учений, – історичні джерела можуть працювати лише опосередковано й побічно» [17, с. 100].

Сучасники-компаративісти, вивчаючи англо-американську правову традицію, категорію «джерело права» визначають як офіційний документ, що містить правові норми, історичні джерела права, а також ті процедури, форми та процеси, за допомогою яких правові норми набувають своєї сили (законодавчий процес та судова практика) [11, с. 391-392]. Надаючи «джерелам права» широкого змісту, їх класифікують на обов'язкові та необов'язкові. До перших належать ті нормативно-правові акти, які мають загальнообов'язкову силу. Вони, у свою чергу, поділяються на первинні (законодавство, судовий прецедент) та вторинні (правовий звичай, доктрина, канонічне право тощо). До необов'язкових джерел належить законодавство інших країн [3, с. 141].

**Висновки.** Відтак, категорію «джерело права» в романо-германській правовій сім'ї розглядають в історичному, філософському, соціальному та формально-юридичному значенні так, як і в англо-американській правовій системі. Проте незважаючи на різносторонність вирішення проблеми, під час визначення поняття «джерело права» у країнах романської та германської правової традиції перевага віддається формально-юридичному аспекту. Англо-американська правова си-



стема демонструє всебічний підхід до вирішення означеного питання. Така різниця спричинена різноманітними обставинами, в тому числі відмінностями правових культур, різними традиціями, сформованими історично, та тяглістю успадкованих цінностей.

**Список використаних джерел:**

1. Варга Ч. Правові традиції? У пошуках правових сімей і культур : відкрита лекція / пер. О.В. Ткаченка ; за наук. ред. О.В. Кресіна // Серія науково-методичних видань «Академія порівняльного правознавства». – Київ–Львів : ЗУКЦ, 2012. – Вип. 24. – 24 с.
2. Бехруз Х. Порівняльне правознавство : підручник / Х. Бехруз. – Одеса : Фенікс, 2009. – 464 с.
3. Порівняльне правознавство : підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / В.Д. Ткаченко, С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов ; за ред. В.Д. Ткаченка. – Х. : Право, 2003. – 274 с.
4. Новицкий И.Б. Источники советского гражданского права / И.Б. Новицкий. – М. : Юридическая литература, 1959. – 162 с. // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://lawdiss.org.ua/books/060.doc.html>.
5. Хвостов В.М. Общая теория права: элементарный очерк / В.М. Хвостов. – СПб. : Издательство Н.П. Карбасникова, 1914. – 155 с.
6. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права / Г.Ф. Шершеневич. – Т. 1-2. – М. : Издание Башмаковых, 1910 // [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.pravo.vuzlib.net/book\\_z1617\\_page\\_47.html](http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1617_page_47.html).
7. Шебанов А.Ф. Форма советского права / А.Ф. Шебанов. – М. : Юридическая литература, 1968. – 216 с.
8. Теорія держави і права : навчальний посібник / В.М. Субботін, О.В. Філонов, Л.М. Князькова, І.Я. Тодоров. – К. : Знання, 2005. – 328 с.
9. Котюк В.О. Теорія права : курс лекцій : [навчальний посібник для юридичних факультетів вузів] / О.В. Котюк. – Київ : Вентурі, 1996. – 208 с.
10. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. – М. : Международные отношения, 2003. – 399 с.
11. Марченко М.Н. Источники права : учебное пособие / М.Н. Марченко. – М. : ТК Велби, Издательство проспект, 2008. – 760 с.
12. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. Г.В. Чуршукова ; под общ. ред. В.И. Даниленко. – М. : Nota bene, 2000. – 575 с.
13. Антонов И.П. Источники права в немецкой правовой системе: понятие и виды / И.П. Антонов // Юриспруденция. – Вильнюс, 2004. – Т. 57 (49). – С. 132–140.
14. Осакке К. Сравнительное правоведение в схемах. Общая и Особенная части : учебно-практическое пособие. – 2-е изд., перераб. и доп. / К. Осакке. – М. : Дело, 2002. – 464 с.
15. Луць Л.А. Сучасні правові системи світу : навчальний посібник / Л.А. Луць. – Львів : Львівський національний університет імені Івана Франка, 2003. – 234 с.
16. Загальна теорія держави і права : [підручник] / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко, І.В. Бенедик та інші ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Харків : Право, 2009. – 583 с.
17. Salmond J.W. Jurisprudence or the theory of the law / Salmond John William, Sir. – London : Stevens and Haynes, 1902. – 673 с.

