

### ДЖЕРЕЛА ЗАХІДНОГО ПРАВА (до постановки проблеми)

Головна ідея, яка править нам за підставу в цьому дослідженні, полягає в тому, що сьогодні у світі не існує цілком замкнених національних систем права. Нині засаду усіх розвинених державно-правових устроїв складають універсальні, а не національні елементи, внаслідок чого і основні правові поняття та практика їхнього втілення більш-менш спільні в усіх сучасних правових системах. За такого підходу настійною стає потреба дійти згоди про право на рівні принципів або доктрини, що не виключає різноманітних (національних) засобів досягнення єдиної мети.

Принцип універсалізму науки права, про який йдеться, змушує нас опановувати, зокрема, й такою складною проблемою, як джерела права.

В умовах правової системи попередніх десятиліть, по суті, єдиним джерелом права визнавався нормативний акт. Договір, правова доктрина і суддівське право не визнавалися джерелами права, бо вони погано поєднувалися з вимогою однозначного розуміння і застосування закону, а звичай мав обмежену сферу застосування. У країнах романо-германської і англо-саксонської правової сім'ї, навпаки, закон (інший юридичний припис) не вважається єдиним витокком права, поряд з ним існують і інші, значні джерела права: недержавного походження (правова доктрина, судова практика, договірне право, звичаєве право) і закон мав смисл лише в єдності з ними.

Якими є витокки сучасного різноджерельного права Заходу?

Пошуки відповіді на це запитання неминуче приводять нас до класичного римського права. Римська імперія зазнала блискучої цивілізації, і римський геній створив правову систему, яка не має прецедентів у світі. На Заході і сьогодні юристом високої культури

вважається той, хто вивчив взірць розуму — римське право — і знає його принципи.

Тоді, у Римській імперії, право було приведено в такий стан, що в змозі було пережити державу, яка створила його. Римське право виявилось настільки класичним виразом життєвих умов суспільства, в яком панує суто приватна власність, що усі пізніші законодавства не в змозі були внести в нього ніяких суттєвих покращень.

Римське приватне право створило порядок, який гарантував римським громадянам самореалізацію в умовах свободи і рівності. На основі приватної власності могла проявлятися приватна ініціатива, яка в рамках приватної автономії вела до самостійного договірного формування приватних життєвих відносин. Римська юриспруденція формулює і конкретизує суспільні етичні вимоги, необхідні для здійснення приватної автономії, такі як *boni mores* (добросовісність), чи *bona fides* (добра воля), чи *aequitas* (рівність, справедливість, благородство), без яких неможливо спільно жити вільним і рівним індивідам у суспільстві.

Класичне римське право доби принципату (I та II ст. н.е.) було прецедентним. Прецедент був цілком іншим, ніж в англосаксонському праві. Приватно-правові справи вирішувалися суддями, які не мали великих правових знань, але вони отримували поради від юристів. Професійний авторитет юристів фактично надавав цим порадам правотворчу силу уже в період республіки. Імператор Август і деякі його спадкоємці надали видатним юристам право викладати від імені імператора юридичні висновки. Юрист-класик Гай кваліфікував такі висновки юристів, як джерело права. Судові рішення не розглядалися як прецеденти і тому не записувалися. Але праці юристів користувалися великим авторитетом: вони зберігали і передавали зміст юридичних висновків з доказами за і проти, які можна було використовувати щодо подібних випадків у майбутньому. Найбільшою повагою користувалася думка юристів старшого покоління: без вагомих підстав не допускалися ухили від неї. Це і був прецедент. Праці авторитетних римських юристів (Модестін, Павло, Юліан, Ульпіан, Цельсій, Гай, Мела, Прокул, Помпоній та ін.) можна було тлумачити нарівні із законодавчими актами, прийнятими імператором. Правотворчу силу мало і посилення на ціннісні принципи, такі, як *boni mores*, *bona fides*, *aequitas*.

\* Завідуючий кафедрою конституційного права та правосуддя ОНУ ім. І. І. Мечникова, кандидат юридичних наук, доцент.

За період від 100 р. до н.е. до 300 р. н.е. римські правники друкували сотні книжок з права, розрахованих на суддів і на студентів. Це були коментарі до законодавчих актів і праці, присвячені спеціальним питанням, наприклад, іпотечній заставі та адюльтеру. Висновки спеціалістів-правників, що їх отримували клієнти або магістрати, збиралися та публікувалися. Були також підручники.

Накопичений матеріал був занадто великим, щоб ним можна було оперувати. Між 529 і 534 роками н.е. візантійський імператор Юстиніан скоротив його до трьох томів. Ці три томи разом склали “цивільне право”. Звід римського цивільного права уміщував звичай, договори, укази імператора і наукові праці вчених-юристів (дигести або пандекти). Основною частиною Зводу законів були дигести.

Ось відомі витяги з дигест.

Дигести: I.1.10.

Справедливість полягає у постійному і незмінному намірі надавати кожному своє.

Дигести: 22.5.3.2.

До того ж, від імператора є навіть рескрипт у наступних висловлюваннях до Валерія Верусу про проведення слідства стосовно достовірності доказів: “Чи існує взагалі такий достатньо надійний для будь-якого випадку спосіб доказів, який би неможливо було спростувати? Якщо і не завжди, то, по меншій мірі, досить часто до істини можна дійти і без використання офіційних документів. В одному випадку достовірність цієї істини можна підтвердити, наприклад, самою кількістю свідків, в іншому — відповідними слухами. Тож я можу тобі дати лише одну відповідь: твоє рішення по сумі фактів ні за яких обставин не повинно орієнтуватися на якийсь певний тип доказів, і ти маєш сам, виходячи з власних найкращих спонукань свого розуму і совісті, дати особисту оцінку тому, що ти вважаєш для себе доведеним або, навпаки, що ти вважаєш не зовсім доведеним [I, с. 83-84].

З наведених двох витягів з дигест зрозуміло, що у витягу (Д.І.І.10) йдеться про розуміння науки права як вміння розрізняти справедливе та несправедливе. А оскільки це неможливе без визначення того, що є справедливість, то на чільному місці вміщено відоме висловлювання Ульпіана.

У витягу з дигест (Д.22.5.3.2) йдеться про принцип свободної оцінки доказів. Суддя у класичний період розвитку римського пра-

ва не був зв'язаним якими-небудь викладеними в законі правилами оцінки доказів, а давав таку оцінку по кожному окремому доказу, виходячи з власного міркування. Суддя мав повну свободу вибору власної оцінки наведених доказів для відповідного рішення.

Наведені витяги з дигест характеризують таку особливість римської права, як пандектне та преторське право. У межах останнього існував тип судового процесу, за якого суддя орієнтується на право претора.

Преторське право ґрунтувалося на формулі *bona fides* (добра воля). Ця формула й являла собою формулу судового процесу, який протікав перед претором, і завершувався тим, що правова суперечка між сторонами уточнювалася у відповідності з формулою, згідно з якою судді рекомендували виносити своє рішення у відповідності з його доброю волею. Конкретний приклад: “Оскільки Авл Агерій продав Нумерію Негідію майно, за яким (майном) йде тяжба, то ти, суддя (незалежно від того, що, на твою думку, Нумерій Негідій у зв'язку з цим повинен повернути чи вчинити відповідно до своєї доброї волі) маєш присудити Нумерію Негідію відмовитися від майна на користь Авла Агерія, а якщо ти так не вважаєш, то в цьому випадку ти, суддя, мусиш звільнити Нумерія Негідія від цього [I, с. 125].

Як вже зазначалося, у римській імперії право було приведено в такий стан, що в змозі було пережити державу, яка створила його. Західна частина Римської Імперії впала у V та VI ст. н. е. Через 600 років відродилося наукове дослідження права, почавшись у Болонії — першому західноєвропейському університеті, близько 1088 р. Незважаючи на розрив у часі, Карл Великий (768-814) та його нащадки, “імператори Священної Римської Імперії германської нації”, вважалися на Заході спадкоємцями Юстиніана. Тож закони Юстиніана залишалися законами Західної Європи. Тому університети навчали студентів цивільному праву Юстиніана, як протилежності звичасвому праву Саксонії, Бургундії, Кастилії, Англії та ін.

Між 100 та 1500 роками університети поширилися по всій Європі — від Сицилії до Шотландії та від Португалії до Польщі. Програма курсу права була скрізь однаковою: цивільне право Юстиніана. До XIX ст. і до періоду національних кодифікацій римське право викладалося в усіх університетах і його вивчення, наголошено в друге, складало основу освіти. Римське право захоплювало

всіх — і професорів, і студентів. Навчені в університетах правники діставали посади суддів і консультантів. Ці правники, природно, застосовували цивільне право в усіх випадках, коли місцеві звичаї не розв'язували суперечки.

Той процес, завдяки якому цивільне право Юстиніана стало діючим правом у більшій частині Європи, й називається рецепцією (прийняттям римського права).

Тож романо-германська правова сім'я охоплює країни, в яких юридична наука склалася на основі римського права. Ця правова сім'я сформувалася у континентальній Європі; тут і зараз її головний осередок, не дивлячись на поширення поза Європою, на інших континентах. Датою, коли з наукової точки зору з'явилася система романо-германського права, вважається XIII століття. До цього часу, без будь-якого сумніву, існували елементи, за допомогою яких створювалася система.

Необхідно наголосити і ще на одному положенні. Зародження романо-германської правової системи в XII — XIII століттях ні в якому разі не є наслідком діяльності політичної влади. Система романо-германського права ніколи не ґрунтувалася ні на чому іншому, окрім спільне культури. Вона виникла і продовжувала існувати незалежно від якихось політичних цілей. Головним осередком цієї системи були вогнища культури, які виникли в Західній Європі. Провідна роль серед них й належала університетам. Тож найбільш яскравою рисою університетського права вчених, як і свого часу права римлян, була його автономія, незалежність від політики власників. Важливо знати з цього приводу, які цілі ставили перед собою університети і як вони впродовж століть розробили право вчених, яке стало, не дивлячись на кордони між державами, загальним для всієї Європи.

Концепцію університетського права вчених неможливо зрозуміти, не звернувшись до поняття природного права. Якщо в греко-римському світі норми природного права виводили з природи взагалі (людина вважалася часткою єдиної розумної природи), в християнські середні віки — з розуму Божого, то за Нового часу — з розумної природи людини. Доктрина нового природного права затверджується в університетах впродовж XVII — XVIII ст. Її прибічники полишають ідею природного устрою речей, ґрунтованого на волі Бога. Центральне місце в ній посідає людина з її невідчужу-

ваними “природними правами”. Віднині в юридичній науці запанувала ідея суб'єктивного права.

Підсумки діяльності природно-правової школи різні у приватному праві, з одного боку, і у публічному — з другого. У сфері приватного права природне право не запропонувало практиці ніякої системи замість римського права; воно мало справу лише з частковостями — узгодженістю його рішень, а у разі потреби — і їхньою модернізацією, але не створенням нових основ приватного права.

У сфері публічного права стан справ зовсім інший. Тут римське право не в змозі було служити взірцем. І школа природного права на додаток додавної діяльності університетів запропонувала моделі конституції, адміністративної практики, кримінального права, виснуваних з “розуму”. Ці розумні моделі значною мірою були створені за англійським взірцем, бо англійське право, яке виникло для регулювання стосунків між Короною і приватними особами, краще за будь-яке інше право, сприяло примиренню потреб адміністрації і поліції зі свободою підданих.

Школа природного права вимагала, щоб поряд з приватним правом, заснованим на римському праві, Європа виробила і норми публічного права, яких не вистачало їй, котрі б виражали природні права людини і гарантували свободу людської особистості.

З приводу сказаного, суттєво пам'ятати, що впродовж тривалого часу поділ “публічне право — приватне право” розглядали в межах вчення, яке вважало право “природним устроєм”, незалежним від держави і вищим щодо неї.

Право в середні віки і ранньої просвіти існувало незалежно від наказів властей; суверен не був вповноважений ні створювати, ні змінювати норми. Влада не брала на себе керівництво розвитком права. Право розумілося як вираження справедливості і не ототожнювалося з наказами суверена. Тому вельми важлива роль у виробленні і формуванні правових норм покладалася на судову практику, керовану доктриною. У цих умовах модель права, якій навчали в університетах, зовсім не була ідеальним мислимим творінням, відірваним від практики і не маючим впливу на неї. Тож суттєво зазначити, що в період, що розглядається, роль законодавства була незначною. Ордонанси, які видавалися в Європі, відігравали важливу роль лише у сфері публічного права, величаючи кримінальне право. Щодо приватного права, то значення законодавства тут значно

менше, далі модернізації звичаїв влада не йшла. Навіть пізніше абсолютні монархи не вважали себе свободними у можливості змінювати норми приватного права.

Школа природного права в XVIII ст. покінчує з цією традиційною концепцією. Вона готова визнати суверенним законодавцем; вона визнає згодним повноваження надавати авторитет нормам, повністю узгодженим з природним правом.

Школа природного права добилася видатного успіху за двома напрямками. Щонайперше, вона примусила визнати, що право мусить поширюватися на сферу стосунків між правителями і підлеглими, між адміністрацією і приватними особами. Ці стосунки породжують свої, властиві їм проблеми, і вимагають іншої регламентації, ніж стосунки між приватними особами. Загальний інтерес і приватні інтереси неможливо зважити на одних і тих же терезах. На думку Р. Давіда, римське право формулювало відмінність між публічним і приватним правом, але лише для того, щоб залишити публічне право осторонь. Самі ж юристи вважали за потрібне дотримуватися обережності і не втручатися в цю небезпечну сферу. [3, с. 73]

Школа природного права поклала край цьому табу. Після XVIII ст. склалась будівля публічного права.

Другим напрямком, що мав успіх школи природного права, стала кодифікація. Проекти нових кодексів були розроблені правниками з університетською освітою (Пруський кодекс 1794 р., Кодекс Наполеона 1804 р., Німецький кодекс 1900 р., Швейцарський кодекс 1907 р.). Характерною особливістю цих кодексів був: текстовий зміст у них римського пандектного права. У XIX ст. майже в усіх державах романо-германсько-правової сім'ї були прийняті кодекси і писані конституції. Всі сучасні кодекси теж є спадкоємцями римського права і праць юристів-романістів.

Поряд з досягненнями кодифікації не можна не звернути уваги й на її негативні наслідки. Після прийняття національних цивільних кодексів виникає враження, що віднині право і закон співпадають і що університетам залишається лише тлумачити нові кодекси. Тож, кодекси, всупереч ідеї, яка надихала їх створення, викликала до життя юридичний позитивізм, посилений націоналізмом [3, с. 75]. Відтепер юристи почали вважати правом їхнє національне право. Вони перестали бачити, що право — норма суспільної поведінки — по

своїй суті є наднаціональним. Право почало ототожнюватися з наказами Северина, але перестало ототожнюватися зі справедливістю. Позитивістська теорія вважала, що закон є виключним джерелом права, і що все право виражається в правових нормах, які походять від публічної влади.

Нині, на думку Р. Давіда, 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 і маючи на цій підставі національний характер. Юристи Заходу виступили проти позитивізму, який бачить у праві вираження волі законодавця, вищого тлумача справедливості, і щоб відродити традиційну ідею про тісний зв'язок між правом і справедливістю, вважали за необхідне звільнитися від установленого в XIX столітті зв'язку між державою і правом [3, с. 77, 81-82].

Зараз і в теорії, і на практиці все більше і більше відверто визнають, що абсолютний суверенітет закону в країнах романо-германської правової сім'ї є фікцією і що поряд з законом існують і інші, значні джерела права [3, с. 104]. Змішувати право і закон і бачити в законі виключне джерело права — означає суперечити всій романо-германській традиції. Школа природного права, починаючи з XVIII століття, вимагала, щоб законодавець санкціонував своїм авторитетом справедливі норми, створені доктриною, які ґрунтуються на природі і розумі. Але, пропонуючи нову техніку, техніку кодифікації, ця школа ніколи не змішувала право і закон, і не стверджувала, що одне вивчення закону дозволяє дізнатися, що таке право. Стосовно цього питання має місце відома плутанина, однак, підкреслює Р. Давід, досить перечитати судову "вступну промову до Цивільного кодексу" Порталіса, щоб її розвіяти [3, с. 105]. Для того, щоб відкинути традиційний погляд, який стверджував, що право і закон — це не одне й те ж, знадобилася революційна зміна позиції, внаслідок якої змінилося саме визначення природи права, в ньому почали бачити вияв не справедливості, а волі держави. Ця революційна зміна сталася, однак, не в усіх, а лише в соціалістичних країнах [3, с. 104-105].

Доктрина природного права в наші дні відродилася. Самі прибічники позитивізму відмовилися від розуміння закону таким, яким

## СУЩНОСТЬ ПРАВА: ХАРАКТЕРИСТИКА ОСНОВНЫХ ПОДХОДОВ К ЕЕ ОПРЕДЕЛЕНИЮ

Прежде чем анализировать разнообразные трактовки сущности права требуется определить, что является сущностью того или иного предмета.

Под сущностью в философии понимается то, что составляет суть явления, процесса, вещи, совокупности устойчивых, постоянных характеристик, определяющих свойства этих объектов. То есть при определении сущности права выявляются отличительные особенности права, как социального регулятора, который имел у разных народов в разное время различное содержание. Понятие сущности права в юридической науке до сих пор остается дискуссионным. Это обусловлено, прежде всего, сложностью права как социального явления, многообразием его проявлений в обществе, различными методологическими основаниями и подходами к определению сущности права и самого права представителями различных школ.

Вообще, разработка категории сущности права характерна для марксистско-ленинской юридической науки, однако, к сожалению, это было использовано не столько для познания соответствующих явлений, сколько в целях идеологических, политических — для демонстрации “сущностных” отличий социалистического государства и права, для доказательства их прогрессивности по отношению к соответствующим буржуазным юридическим институтам.

В настоящее время теория права и государства при рассмотрении сущности права учитывает два аспекта:

- 1) то, что любое право есть прежде всего регулятор (формальная сторона);
- 2) то, чьи интересы обслуживает данный регулятор (содержательная сторона).

---

\* Доцент кафедр общеправовых дисциплин и международного права экономико-правового факультета ОНУ им. И. И. Мечникова.