

УДК: 342.001.32(477)

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ДЖЕРЕЛ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Васильченко О.П.

кандидат юридичних наук, доцент кафедри конституційного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка

В статті, з позицій общей теорії права, розглядається питання про джерела конституційного права, а так же поняття джерела конституційного права, співвідношення понять джерело права та форма права в конституційному праві.

The article from positions of the general theory of law examines the question of sources of the constitutional law, the concept of constitutional law source, a parity of concepts: the source of law and the form of law in constitutional law.

В статті з позицій загальної теорії права розглядаються питання джерел конституційного права, поняття джерела конституційного права, співвідношення понять джерело права та форма права в конституційному праві.

Ключові слова: джерело права, форма права, джерело конституційного права.

Загальновідомо, що категоріальний апарат складає основу будь-якої науки. Саме специфічна система категорій слугує каркасом кожної науки, багато в чому визначаючи її особливості, що відрізняє її від інших наук. При цьому деяка частина категорій властива тільки даній науці, частина категорій, що використовуються цією юридичною наукою, належить до числа загальноправових категорій, а частина може бути запозичена з інших юридичних і навіть інших (тобто неюридичних) наук. Отже, велике значення мають теоретичні дослідження категорій як у межах теоретичного правознавства, так і у межах кожної галузі. Власне кажучи, теоретико-галузевих розробок категорій у вітчизняному конституційному праві небагато. Тут доцільно вказати на дослідження В.Ф. Погорілко і В.Л. Федоренка [1], а також В.М. Шаповала [2].

Джерела конституційного права є однією з основних категорій цієї галузі права. Тому, вирішуючи питання, безпосередньо пов'язані з розробкою даної категорії, як нам уявляється необхідно виходити з результатів досліджень теорії держави і права, які виробляють методологічні підходи до вивчення даної категорії. На погляд вітчизняних дослідників, вплив відповідних наукових здобутків загальної теорії права, з одного боку, сприяв формуванню методології конституційного права при дослідженні проблем джерел права, а з іншого, - переніс у науку конституційного права існуючий у теоретичному правознавстві характер досліджень цих проблем.

Вкажемо і на те, що вивчення категорії будь-якої галузі права, включаючи, в першу чергу, основоположну галузь вітчизняної правової системи, має не тільки суцільно теоретичне значення, але й велику практичну важливість. Справедливо вважається, що недостатні або неадекватні знання про правові категорії у досить широкого кола учасників нормотворчого процесу створює ситуацію, несприятливу для нормального розвитку права вже на стадії формування правових норм. Недостатні або неадекватні знання про правові категорії (не говорячи вже про відсутність таких знань) ускладнює право пізнання і, природно, правозастосування [3,с.6]. На жаль, доводиться констатувати, що юридична практика застосування категорій «джерело права», «джерело конституційного права» в усі часи характеризувалася суперечністю та інтуїтивністю. Більше того, як зазначається в одному із сучасних вітчизняних підручників, ні в національних теоріях із конституційного права, ні в загальній теорії права немає чіткої та однозначної відповіді на запитання: що необхідно розуміти під джерелом права взагалі і, відповідно, під джерелом конституційного права, зокрема [4, с.311-312].

Виникнення питання про поняття джерела права не є для вітчизняних і зарубіжних авторів справою недалекого минулого. Як наукова проблема джерела права починають досліджуватися вченими-правознавцями вже наприкінці XIX ст.

Цілком зрозуміло, що від того, на яких методологічних позиціях знаходиться дослідник, чи дотримається він, наприклад, позитивістських поглядів або ж розв'язує проблеми праворозуміння з позицій природного права, в значній мірі залежать і його уявлення про джерела права. Не поглиблюючись у сутність цієї непростой та мало досліджуваної проблеми, яка вимагає окремого самостійного аналізу, зупинимось тут тільки на окремих найбільш важливих, з нашої точки зору, моментах.

Насамперед, вкажемо на природно-правові вчення, що мало своїм початком Стародавній світ, отримало свого подальшого розвитку в умовах Нового часу і Просвітництва, яке має багато яскравих представників, з-поміж яких Ж. Боден, Г. Гроцій, Т. Гоббс, Дж. Локк, Д.Адамс, Т. Джефферсон, Т.Пейн, С. Пуфендорф, Б. Франклін, К. Томазій. Його прихильники у дореволюційній Росії (Б.О. Кістяківський, П.І. Новгородцев, В.М. Чичерин та ін.) відіграли важливу роль у розвитку юриспруденції та державознавства [5,с.44]. Ці мислителі і класики політико-правової думки відрізняли право і закон, право і мораль і проповідували погляд на юридичні приписи, згідно з якими право існує в природі, природному стані, закладено в самій сутності людини. Природне право тому є для всіх однаковим, незалежно від часу і місця, незмінно й іманентно пов'язано зі справедливістю.

Сучасне природне право, яке міцно утвердилося в країнах Заходу, неоднорідне та еkleктичне. Воно охоплює п'ять основних конкуруючих напрямів - теологічний, об'єктивістський, неокантський, трансцендентальний і екзистенціалістський [6,с.35].

Незважаючи на те, що природне право знаходиться у полі зору дослідників багато століть, а з даної тематики опубліковано безліч книг, багато питань, які торкаються, зокрема, поняття, сутності та змісту природного права, а також його джерел, залишається до цього часу відкритими, або такими, що викликають спори у вітчизняній та зарубіжній літературі [7,с.77-94]. У деяких працях, написаних у різні часи, прослідковується навіть скептичне ставлення до самого феномену природного права взагалі або ж можливості існування джерел природного права поза зв'язків і взаємодії з позитивним правом. Більшість авторів виходили і виходять з того, що природне право, як зазначав М.М. Коркунов, «це не книжкова теорія, чужа дійсному практичному життю», а, навпаки, «ідея природного права відіграла у практичному житті чи не більшу роль, ніж у науковій теорії права» [8,с.127].

У межах позитивного права виникає цілий комплекс різних правових теорій. У науковій літературі вказується на те, що на базі ідей позитивізму виникли такі широко відомі теорії, як аналітична теорія (в Англії і США – Ш. Амос, Т. Холланд), теорія нормативізму (в Австрії – Г. Кельзен, у Німеччині – Р. Штамплер, в Росії – П.І. Новгородцев), соціологічна теорія права (у Німеччині – К. Маркс, Ф. Енгельс, в Росії – В.І. Ленін), психологічна теорія (Л.Й. Петражицький), історична школа права (Г.Гуго, П.Ф. Пухта, Ф.К. фон Савіні) та ін. Неоднакове розуміння позитивного права представниками цих шкіл тягне за собою не завжди однакове уявлення про джерела цього права.

Представники позитивістської школи права, зокрема Р.Ієрінг, вважали, що джерелом права є позитивне, писане державою право, що примусово захищається нею.

З погляду одного з представників соціологічної школи Г. Уеллса, джерелами права стали природні інстинкти людини. Бельгійський вчений Є.Ніс вважав, що термін «джерело» слід розуміти у праві як спосіб його створення, формування [7,с.68-69].

Вельми цікавим є судження і міркування німецького мислителя Г.-В. Ф. Гегеля. Цей філософ, теоретик держави і права вбачав у змісті джерела права не лише божественне походження права, а й «вічні та абсолютні ідеї», «національний дух і традиції народу». Гегель писав, що підґрунтям права є духовне взагалі і його найближчим місцем і вихідним пунктом – воля, яка вільна, оскільки свобода становить її субстанцію і визначення, і системи права є царством реалізованої свободи, світом духу, що породжений ним самим як інша правова природа [9,с.31].

На особливу увагу заслуговують міркування засновника нормативістської школи, видатного теоретика права Ганса Кельзена. Внутрішньодержавне право, за Кельзенем, - це замкнута регулятивна система у вигляді піраміди, де кожна норма набуває обов'язковості завдяки тому, що відповідає нормі більш високого щабля. На вершині піраміди – норми конституції, далі «загальні норми», встановлені законодавством або звичаєм, нижча щабель – індивідуальні норми, які створюються судом або адміністрацією при вирішенні конкретних справ. Що ж до джерел конституційного права, то представники нормативістської школи вважали, що конституція є джерелом законів, а закони – джерелом судових рішень [10,с.320].

На початку ХХ ст. широкого розповсюдження отримав підхід, згідно з яким джерело права трактувалося у матеріальному значенні, тобто як першоджерело, під яким розумілася система соціально-економічних відносин. Зокрема, Г.Ф. Шершеневич наголошував на тому, що термін «джерела права» є багатоаспектним і має кілька значень: а) сили, що створюють право, (наприклад, воля Бога, воля народу, правосвідомість, ідея справедливості, державна влада); б) матеріали, що покладені в основу того чи іншого законодавства; в) історичні пам'ятки, що у минулому мали значення діючого права; д) засоби пізнання діючого права [11,с.368-369]. У цей же період в англосаксонських школах права найбільшого поширення набула теорія Л. Оппенгейма – Х. Лаутерпахта. Ці вчені, які досліджували цю проблему з позиції міжнародного права, також звернулися до первинного філологічного змісту поняття «джерело» і зазначали: «На зразок того, як ми бачимо, що потоки води течуть по поверхні землі, ми так само спостерігаємо, як потоки норм течуть у галузь права. Зрозуміло, правові норми не виходять з конкретного місця на землі, як вода: вони виникають із фактів історичного розвитку певного суспільства» [12,с.45].

Доцільно зазначити, що множинність варіантів тлумачення і застосування терміна «джерело права» була властива правовій науці і в радянську добу. Виходячи з марксистського вчення про бази і надбудову, і відповідно до якого силою, причиною, що визначала зміст усіх надбудованих явищ, у тому числі і права, слугує економічний лад суспільства, багато вчених вважали, що джерело права у матеріальному значенні є «у кінцевому рахунку матеріальні умови життя суспільства» [13,с.3]. Отже, термін «джерело права у матеріальному значенні», який використовувався в радянській літературі, позначав ту силу, яка створює право, викликає його до життя [14,с.12].

Поряд із терміном «джерело права у матеріальному значенні» у літературі вже з перших років радянської влади широкого розповсюдження отримало друге трактування даного поняття – «джерело права у формальному (юридичному) значенні». Задля справедливості зазначимо, що у розумінні та застосуванні цього терміна також не було єдності. С.А.Голунський і М.С. Строгович, наприклад, джерелом права в юридичному значенні або, інакше, юридичним джерелом права вважали «той спосіб, якому правилу поведінки надається державною владою обов'язкова сила» [15,с.173]. С.Ф. Кечек'ян до такого роду джерел права відносив «особливі форми вираження волі, які надають тим чи

іншим правилам значення норм права» [13,с.5]. А.І. Денисов ототожнював поняття «джерело права» із формою вираження конституційно-правової норми [16].

Отже, у радянській правовій літературі при розгляді та використанні поняття «джерело права» говорили або про силу, яка створює право, і називали її джерелом права у матеріальному значенні, або про форму, завдяки якій правова норма набуває загальнообов'язковий характер, і називали її джерелом у формальному (юридичному) значенні [17,с.23-30]. Знаковою подією для правознавства радянської доби стало введення С.О. Голунським і М.С. Строговичем у науковий обіг (1940 рік) категорії «юридичні джерела», під якими вчені пропонували розуміти той спосіб, яким правило поведінки державною владою надається обов'язкова сила [15,с.173]. У подальшому ця точка зору була підтримана багатьма радянськими правознавцями. Під джерелами права, у тому числі конституційного, стали розуміти зовнішню форму його вираження.

У 60-70 рр. ХХ ст. радянська правова доктрина стала ототожнювати категорію «джерела права» з нормативно-правовими актами, що містять правові норми [18]. В.С. Основін дотримувався думки, що юридичні джерела радянського державного права є правовими формами, в яких державна воля виражається у державно-правових нормах чи актах [19,с.57].

Таке праворозуміння співвідношення категорій «джерело права» і «форма права» було підтримано радянськими теоретиками права, а пізніше розвивалося як російськими, так і українськими науковцями. Так, на думку Д.А. Керимова, зовнішня форма правової норми – це вираження зовні її внутрішньо організованого змісту. Як правило, у науці цю форму називають формою вираження права, нормативним актом чи джерелом права, в так званому, формальному значенні (закони, укази постанови тощо) [20,с.226]. Інший відомий дослідник проблеми С. Л. Зівс зазначав, що джерело права є зовнішньою формою об'єктивації правової норми. При цьому виключно об'єктивована норма є загальнообов'язковою, а її виконання забезпечується відповідними способами державного впливу. Норма права не існує і не може існувати поза джерелом права – оболонки існування правової норми [21,с.46].

У середині 80-х рр. ХХ ст. А.М. Васильєв вводить у науковий обіг термін «джерело (форма) права». При цьому вчений застерігав від певного ототожнення цих понять і писав, що використовуючи у назві слово «джерело», він розумів не сутність питання, а віддавав перевагу юридичній традиції, що зберігається у галузевих юридичних науках, які використовують цей термін для позначення того, що сучасна теорія права виражає поняттям «форма» [22,с.167].

Теоретичне положення про джерело права як зовнішню форму вираження норм права в цілому було сприйнято багатьма вченими і в пострадянський період. Зокрема, відомий український теоретик права П.М. Рабінович визначає джерело права як спосіб зовнішнього вияву правових норм, який засвідчує їх загальнообов'язковість [23,с.17]. О.Г.Мурашин визначає юридичні джерела, або форми права, як офіційні форми зовнішнього вираження і закріплення правових норм, що діють у певній державі [24]. Схожих поглядів на визначення цього поняття має український і російський правознавець М.В. Вітрук. Джерела права, – пише він, – це форма вираження й організації його структурних одиниць-принципів, норм і т.д. Відповідно до цього джерелами конституційного права є різноманітні форми вираження конституційних (конституційно-правових) норм [25,с.15].

Деякі українські вчені воліють говорити про існування двох понять для позначення різних аспектів одного й того ж правового явища. Так, Л.Л. Богачова пише, що в спеціально-юридичному розумінні джерело права – «це і є власне форма права», під якою розуміють «способи зовнішнього вираження і закріплення правових норм». Що ж до джерел права в матеріальному розумінні, то – «це сукупність факторів, які зумовлюють виникнення, розвиток, зміст права (передусім система соціально-економічних відносин) [26,с.293].

У сучасній вітчизняній науковій літературі існує ще один підхід, при якому для позначення розглядуваного правового явища використовуються «парні категорії». Зокрема, В.М. Шаповал, А.З. Георгіца для позначення джерел права використовують категорії «форма (джерело) права». Натомість, О.Ф. Скакун використовує іншу конфігурацію – «джерело (форма) права» [29,с.451]. На її думку, термін «джерело» використовується в розумінні джерела, підстави, кореня правового розвитку. Тоді, як під формою розуміється оболонка цього явища, спосіб організації змісту, його зовнішній вигляд [29,с.451].

Проблема співвідношення поняття джерела права з поняттям форми права є важливою як в теоретичному, так і в практичному аспектах. Вона зачіпає не тільки термінологічну, семантичну, але й змістовну сторони. Існують два варіанти і підходи до вирішення цього питання [7,с.55]. Суть першого з них полягає у повному ототожненні джерела права з формою права, у зведенні джерела права до форми права і, навпаки, форма права – до джерела права. У таких випадках при розгляді форми права, після написання даного терміну «форма права», як правило, у дужках, у вигляді констатації тотожності і рівнозначності цих термінів, зазначається термін «джерело права» [30,с.67]. Суть другого підходу до вирішення проблем співвідношення джерел і форм права полягає в тому, що їх *поняття розглядається як повністю не співпадаючі один із одним*, а терміни, що їх відбивають, як нерівнозначні один одному. У науковій літературі зазначається, що хоча поняття «форма права» і «джерело права» тісно взаємопов'язані між собою, але вони не співпадають один з одним. [31,с.11]. Відомий російський теоретик права М.М. Марченко, порівнюючи ці дві категорії, доходить до висновку, що співпадіння форми і джерела права має місце тоді, коли мова йде про вторинні, формально-

юридичні джерела права. Останні нерідко називають у науковій літературі просто формальними джерелами права. Стосовно *первинних джерел права* (у вигляді матеріальних, соціальних та інших факторів), то тут співпадіння джерел права із формами права *немає і не може бути* [7,с.57].

Російський правознавець В.С. Нерсесянц небезпідставно стверджував, що розуміння джерела права у формально-юридичному значенні є результатом «джентльменської угоди» між юристами (як практиками, так і вченими), що покликана створювати умови для уникнення багатозначності цього поняття [32,с.265].

Підсумовуючи викладене, щодо співвідношення цих двох термінів, зробимо такий висновок: при співпадінні понять форми і джерела права, терміни, що їх позначають, належить розглядати як ідентичні за своїм змістовним значенням і змістом, як взаємозамінні. У всіх інших випадках взаємозамінність виключається в силу неадекватності розглядуваних явищ та понять, що їх відбивають. Але, як відомо, в навчальній, а іноді і в науковій літературі цим різним змістовим відтінком термінів і понять «джерело права» і «форма права» не надається особливого значення, внаслідок чого вони майже у всіх випадках розглядаються як ідентичні. Одна з причин – данина традиції у сфері пізнання форм і джерел права.

У вітчизняній теорії права превалює точка зору, згідно з якою під джерелом права прийнято розуміти офіційно-документальні форми вираження і закріплення норм права, що йдуть від держави чи визнані нею і мають юридичне загальнообов'язкове значення [29,с.334]. Не заперечуючи в принципі проти такої дефініції поняття «джерело права», вважається за доцільне запропонувати дещо інше трактування цього терміну, яке є наближеним до існуючого у науковій літературі. Авторська інтерпретація терміну «джерело права» полягає в тому, що він позначає одночасно змістовні (матеріальні) та формальні зовнішні форми вираження юридичних правил. Під змістовними (сутнісними) джерелами належить розуміти різноманітні принципи: матеріальні, релігійні, філософські, політичні, соціальні, ідеологічні – ті, які керують (управляють) позитивними правилами, слугують їх ідеологічною основою, і ті, що беруть свій початок у філософії права. Це і факти соціальної дійсності, і вимоги ситуації, які складаються у часі та просторі, у галузі технічних засобів права, що визначають його орієнтацію та зміст. Під формальними джерелами права розуміються способи формування юридичних норм (прийоми та акти), за допомогою яких ці норми викликаються до життя, стають складовою частиною позитивного права та набувають статусу закону.

Література:

1. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Академічний курс: Підруч. У 2-х т.-К. ТОВ «Видавництво «Юридична думка»,-2005.-544с.; Погорілко В., Федоренко В. Джерела конституційного права України: поняття, види і система // Право України.-2002.-№3. -с.8-15
2. Шаповал В.М. Конституція України як нормативно-правовий акт (теоретичні проблеми кваліфікації)//Право України.-1997.-№10.-с.3-7; Шаповал В.М. Конституція як форма (джерело) конституційного права України (питання теорії)// Право України.-1999.-№6.-с.5-9; Шаповал В.М. Сучасний конституціоналізм.- К.:Юридична фірма «Салком»; Юрінком Інтер.-2005.-560с.
3. Автомонов А.С. Правовая онтология политики: к построению системы категорий. –М. -1999. – 150с
4. Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України. Академічний курс: Підруч. У 2-х т.-К. ТОВ «Видавництво «Юридична думка»,-2005.-544с.
5. Источники российского права: вопросы теории и истории. Учебное пособие/ Отв. ред. М.Н.Марченко. – М.Норма.-2005.-336с.
6. Колесников Е.В. Источники российского конституционного права. –Саратов: Изд-во Саратовской госуд. академии права.-1998.-196с.
7. Марченко М.Н. Источники права : Учебное пособие. –М.:ТК Велби, Изд-во Проспект. – 2005. - 760с.
8. Гегель Г.-В.-Ф. Введение к «Философии права»// Гегель Г.-В.-Ф. Собрание сочинений. – М. - 1963.- 7 том
9. Кельзен Ганс. Чисте правознавство. Проблеми справедливості / Пер з нім. О. Мокровольського .- К.: Юніверс . -2004.-496с.
10. Шершеневич Г.Ф.Общая теория права. Учебное пособие (по изд. 1910-1912 гг.) т 2 – М:Изд-во «Юридический колледж МГУ» - 1995 – 462с.
11. Оппенгейм Л. Международное право. – Т.1, полутом 1. – М: Изд-во иностр. лит-ры. -1948. -45с.
12. Кечекьян С.Ф. О понятии источника права// Ученые записки МГУ. Вып 116. – М.-1946. –с.3
13. Куктафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации – М.: Юристь. – 2002.-348с
14. Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. –М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР. - 1940.-304с.
15. Кечекьян С.Ф. О понятии источника права// Ученые записки МГУ. Вып 116. – М.-1946. –с.3
16. Денисов В.Н. Статус міжнародних договорів у Конституції України// Вісник академії правових наук – 1977.-№1-с.29-36
17. Муромцев Г.И. Источники права (теоретические аспекты проблемы)// Правоведение. -1992.- №2.-с.23-30

18. Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. –М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР. - 1940.-304с.
19. Вопросы теории советского конституционного права. Выпуск первый - Саратов: Приволжское книжное изд-во. -1967 –319с.
20. Общая теория права и государства: Учебник. Под ред. В.В.Лазарева.- 3-е изд, перераб. и доп.- М.: Юристъ. -1999 – с.57
21. Керимов Д.А. Философские проблемы права. – М.: «Мысль». -1972.-472с.
22. Зивс С.Л. Источники права.- М.: Наука.-1981-215с.
23. Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий права. – М.: Юрид.лит.-1976.-264с.
24. Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий права. – М.: Юрид.лит.-1976.-264с.
25. Мурашин О. До питання про поняття правового акта//Підприємництво, господарство і право.- 2002.-№12.-с.7-9
26. Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс. 2-е изд.- М.:Юристъ.-2005.-150с.
27. Загальна теорія держави і права: Підручник/ За ред. М.В.Цвіка, В.Д.Ткаченка, О.В.Петришина.- Харків: Право.-2002.-432с.
28. Скакун О.Ф. Теория государства и права (Энциклопедический курс):Учебник.-Х.:Эсплада.- 2006.-776с.
29. Марченко М.Н. Источники права : Учебное пособие. –М.:ТК Велби, Изд-во Проспект. – 2005. - 760с.
30. Баглай М.В. Туманов В.А. Малая энциклопедия конституционного права.- М.: Изд-во «БЕК».- 1998.-519с.
31. Лучин В.О. Источники советского государственного права. Учебное пособие.-Куйбышев.-1976.- 64с.
32. Марченко М.Н. Источники права : Учебное пособие. –М.:ТК Велби, Изд-во Проспект. – 2005. - 760с.
33. Социалистическое правовое государство: Концепция и пути реализации/ Отв. ред .В.С. Нерсесянц.-М.:Юрид.лит.-1990-с.265